



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal

Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano





Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal

Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano



PLAN NACIONAL
DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Presidente

HERNANDO TORRES CORREDOR
Vicepresidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

LOS GRANDES DESAFÍOS DEL JUEZ PENAL COLOMBIANO

RODRIGO UPRIMNY YEPES

GERARDO BARBOSA CASTILLO

ALEJANDRO APONTE CARDONA

OSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA

DARÍO BAZZANI MONTOYA

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

© Rodrigo Uprimny Yepes

Gerardo Barbosa Castillo

Alejandro Aponte Cardona

Oscar Julián Guerrero Peralta

Darío Bazzani Montoya

José Joaquín Urbano Martínez

ISBN 97329-7-6

Bogotá, D. C., 2005

Contenido

Pág.

Presentación 19

**BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DERECHOS HUMANOS
Y NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL..... 21**

Rodrigo Uprimny Yepes

1. El concepto de bloque de constitucionalidad 22

2. Evolución normativa y jurisprudencial en Colombia 27

3. Sistematización doctrinaria y jurisprudencia actual sobre el
bloque de constitucionalidad 36

3.1. Precisiones conceptuales y terminológicas 36

3.2. Las técnicas de reenvío normativo en la construcción del
bloque 37

3.3. Normas integrantes del bloque 44

3.4. Una evaluación de la doctrina de la Corte 45

4. Uso general del bloque de constitucionalidad en relación con la
interpretación del Nuevo Código de Procedimiento Penal 47

4.1. Las normas del bloque de constitucionalidad más relevantes
para el proceso penal 48

4.2. La importancia del principio "pro homine" en el uso del bloque
de constitucionalidad 50

4.3. El bloque de constitucionalidad y la relevancia de la doctrina y
jurisprudencia internacionales de derechos humanos 51

4.4. El posible uso de otros documentos de derechos humanos . 53

5. Algunos ejemplos de aplicación práctica del bloque de
constitucionalidad en asuntos procesales penales por la Corte
Constitucional 55

6. Breves conclusiones 60

Bibliografía 63

ANEXO DE EJERCICIOS 65

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL APROXIMACIÓN AL PROCESO PENAL COLOMBIANO..... 67

Gerardo Barbosa Castillo

Introducción	67
1. El proceso como método estandarizado para administrar justicia	68
2. La lógica del método procesal	73
3. Ubicación teórica del nuevo procedimiento penal colombiano	79
a. El modelo de ascendencia norteamericana	80
b. Los modelos de ascendencia continental-europea	82
4. El esquema metodológico del proceso penal colombiano	92
5. El desarrollo de las distintas etapas procesales	98
a. Etapa de investigación	98
b. Etapa de transición	104
c. Juicio oral	108
Conclusiones	109

LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN LA NUEVA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL: HACIA UNA PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD..... 111

Alejandro Aponte Cardona

Presentación	111
1. El proceso penal: derecho constitucional aplicado	112
2. La libertad: el fundamento de la existencia individual en sociedad	113
2.1. Dependencia constitucional en la interpretación de la norma procesal	114
2.2. La restricción de la libertad: una posibilidad excepcional	115
2.3. Restricción excepcional de la libertad y principio de dignidad: núcleo de las normas rectoras del nuevo Código	117

	Pág.
3. Medidas de aseguramiento: regulación general	118
3.1. El principio de gradualidad en la escogencia de la medida	119
3.2. El principio de aseguramiento de la comparecencia del imputado	120
3.3. Requisitos para decretar las medidas: Derecho procesal como derecho constitucional en funcionamiento	120
3.4. Principio de comparecencia y presunción de inocencia: una ponderación permanente	122
3.5. Necesaria adecuación del sistema carcelario al carácter procesal de la medida de aseguramiento	126
4. El carácter procesal de la medida y la jurisprudencia internacional	127
5. Circunstancias que permiten decretar la medida de aseguramiento	127
5.1. Obstrucción de la justicia	127
5.1.1. Los motivos "graves y fundados": especial atención en la evaluación por parte del juez de control de garantías.	129
5.1.2. Estrategias de defensa y conducta del imputado	130
5.2. La posibilidad de la no comparecencia del imputado	131
5.2.1. La falta de arraigo del imputado en la comunidad	132
5.2.2. El daño causado y la actitud del imputado frente a este: una evaluación especialmente compleja	133
5.3. El posible "peligro" para la comunidad o para la víctima	135
5.3.1. De nuevo el principio de gradualidad: humanización del proceso penal	139
5.3.2. La noción de "peligro" en el derecho penal sustancial .	141
5.3.3. El posible peligro para la víctima	142
6. El proceso contradictorio: ampliación del derecho de defensa	143
7. Alcances y límites de la "imputación fáctica"	146
8. "Causales de libertad": ¿Hacia una prevalencia efectiva del principio de libertad?	150
8.1. Dificultades para investigar vs. libertad del imputado: una falsa disyuntiva	153
8.2. El sujeto del proceso penal como un fin en sí mismo	154

	Pág.
9. Los nuevos desafíos interpretativos en relación con las causales de libertad	154
9.1. El plazo razonable en la jurisprudencia internacional	155
9.2. El plazo razonable en el derecho comparado	156
10. Principio de oportunidad y prevalencia de la libertad: hacia un auténtico derecho penal mínimo	158
Conclusiones	162
EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS	163
<i>Óscar Julián Guerrero Peralta</i>	
Aspectos de derecho comparado	163
El Juez de Garantías de acuerdo con la Constitución Nacional	173
1. Medidas para autorizar injerencias por parte de la Fiscalía	178
2. Medidas sometidas a examen posterior	182
La labor del Juez de Garantías de conformidad con el Ordenamiento Procesal Penal	184
Funciones relativas a la afectación del derecho a la propiedad en la fase de Investigación Penal	185
a. Medidas sobre bienes susceptibles de comiso	185
b. Medidas relativas a la suspensión del poder dispositivo sobre bienes	186
c. Suspensión de las personerías jurídicas	186
d. Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente	187
e. Medidas cautelares sobre bienes contempladas en el CPP	187
Funciones de control relativas a la impulsión de la fase de investigación	188
a. Actos de imputación	188
b. Actos de imputación de persona ausente	191
c. Prueba anticipada	191

Funciones de control posterior relativas a la actividad de Investigación Penal	192
Control posterior sobre el derecho fundamental a la intimidad e inviolabilidad del domicilio (registros y allanamientos)	192
Control posterior sobre la afectación al derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones (intercepción de comunicaciones telefónicas y correspondencia)	197
Funciones de autorización para proceder a una injerencia en los derechos fundamentales durante la Investigación Penal	200
Actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización	200
Medidas relacionadas con la libertad	207
Medidas restrictivas de libertad	208
Control de legalidad sobre el principio de oportunidad	209

LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL POR CONSENSO Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD..... 215

Darío Bazzani Montoya

CAPÍTULO I. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO	215
1. PREMISA	215
2. PRINCIPIO DISPOSITIVO Y PROCESO PENAL.....	216
2.1. Marco conceptual	216
3. PRINCIPIO DISPOSITIVO. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	219
3.1. El denominado principio de oportunidad	219
3.2. Oportunidad y Terminación Anticipada del Proceso por Consenso	222
4. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA.....	226
4.1. Límites Constitucionales en la Constitución de 1991 ..	226
4.2. Límites en el Acto Legislativo 03 de 2002	226
4.3. Regulación de la oportunidad en el nuevo Código de Procedimiento Penal	227
a. Causales	227

	Pág.
b. Oportunidad	228
c. Procedimiento	229
d. Control del juez de garantías	230
CAPÍTULO II. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO POR CONSENSO	231
1. ASPECTOS GENERALES	231
1.1. Marco Conceptual	231
1.2. Vista Político-Criminal	233
1.3. Finalidad de los Procedimientos de Terminación Anticipada del Proceso por Consenso y Ámbito de Aplicación	237
1.4. Terminación Anticipada del Proceso por Consenso y Esquema Acusatorio	238
1.5. Terminación Anticipada del Proceso y Debido Proceso	241
a. La necesaria presencia del juez. Función de juzgamiento e intermediación	241
b. Ejercicio de la Acción y Procedimientos de terminación Abreviada del Proceso por Consenso	242
1.6. El Ámbito de Aplicación de los Procedimientos de Terminación Anticipada del Proceso por Consenso y el Principio de Igualdad	243
1.7. La Sentencia en los Procedimientos de Terminación Anticipada del Proceso por Consenso	244
2. LOS PROCEDIMIENTOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO, EN PARTICULAR EN EL DERECHO COMPARADO	247
2.1. Premisa	247
2.2. Los procedimientos en Italia	247
a. Clasificación de los Procedimientos Especiales	248
2.3. Los Procedimientos en Estados Unidos de Norteamérica	251

	Pág.
3. LOS PROCEDIMIENTOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO EN COLOMBIA	253
3.1. Antecedentes	253
3.2. Límites en la Constitución Política de 1991	266
3.3. El Acto Legislativo 03 de 2002	268
3.4. Los Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado y la Aceptación de Responsabilidad en el Nuevo Código de Procedimiento Penal	269
a. Presupuestos	269
b. Iniciativa	269
c. Oportunidad	271
d. Facultades del Juez	272
CAPÍTULO III. CONCLUSIONES	273
BIBLIOGRAFÍA	277
PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN	283
<i>José Joaquín Urbano Martínez</i>	
INTRODUCCIÓN	283
CAPÍTULO I - FUNDAMENTOS Y NOCIÓN	286
A. Prueba ilícita y modelo de Estado	286
B. Noción de prueba ilícita	288
CAPÍTULO II - RÉGIMEN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886	290
A. Régimen constitucional	290
B. Desarrollo legal: Régimen de la prueba ilícita en el Código de Procedimiento Penal de 1987	292
C. Desarrollo jurisprudencial	293
D. Conclusión	294

	Pág.
CAPÍTULO III - RÉGIMEN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991	295
A. Régimen constitucional	295
B. Desarrollo legal	296
1. Código de Procedimiento Penal de 1991	296
2. Código de Procedimiento Penal de 2000	297
C. Desarrollo Jurisprudencial	299
1. Corte Suprema de Justicia	299
a. Supuestos específicos de prueba ilícita	299
b. Técnica de la demanda de casación	301
c. Reglas para la decisión de la demanda	302
2. Corte Constitucional	305
a. Primer Período	305
1. Sentencia C-150-93	305
2. Sentencia C-491-95	305
3. Sentencia C-217-96	307
4. Sentencia T-03-97	308
5. Sentencia C-372-97	309
6. Sentencia T-008-98	310
7. Sentencia C-093-98	312
b. Segundo Período. Sentencia SU-159-02	313
CAPÍTULO IV - ESTADO DEL ARTE DE LA PRUEBA ILÍCITA EN COLOMBIA	319
A. Ámbitos de regulación de la prueba ilícita	319
B. Dos casos paradigmáticos	321
C. Identificación de aspectos problemáticos	324
D. Alternativas de solución	329
1. Sobre la noción de prueba ilícita	330

2.	Regulación de la prueba derivada, su exclusión y criterios para tal exclusión	331
3.	La exclusión de la prueba ilícita	332
4.	Sobre la declaración de ilicitud de la prueba	332
5.	Las consecuencias del desconocimiento de la regla de exclusión	334
6.	Prueba ilícita, derecho a un proceso con todas las garantías e imparcialidad del juzgador	342

CAPÍTULO V - RÉGIMEN EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL. 344

A.	Acto Legislativo 03 de 2002	344
1.	El nuevo proceso penal: ¿réplica del sistema acusatorio norteamericano?	344
2.	Régimen probatorio	350
B.	Ley 906 de 2004	352
1.	Fundamento probatorio de las principales decisiones.	352
2.	Prueba ilícita y regla de exclusión	354
3.	Ámbitos de aplicación de la regla de exclusión	363
C.	Balance	368

PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN - TALLER 371

BIBLIOGRAFÍA 373

El Acto Legislativo 03 de 2002 modificó la Constitución Política para introducir el sistema penal acusatorio. En desarrollo de ella, el Congreso de la República expidió la Ley 890 de 2004, que modificó el Código Penal, y la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se expidió el Nuevo Código de Procedimiento Penal. De esta manera se inició en nuestro país el proceso de adecuación normativa con miras a la implantación de ese nuevo sistema procesal penal.

No obstante, la adecuación normativa es solo un primer paso con miras a ese propósito, pues no se puede comprender y aplicar adecuadamente un sistema procesal sin promover, entre otras acciones, el proceso de formación de los funcionarios judiciales que estarán encargados de su aplicación y que, en consecuencia, deberán asumir el reto de atender las demandas de justicia, que en el ámbito de las conductas punibles plantea la sociedad colombiana. Es decir, no se puede implementar, ni mucho menos aplicar, un nuevo esquema procesal si se desconocen los fundamentos políticos y jurídicos en que se apoya y si se pierde de vista el ineludible proceso de adecuación que se debe cumplir de cara a nuestras reales necesidades.

Es evidente que en ese nuevo sistema será vital el papel a cumplir por los magistrados y jueces penales colombianos. Ellos deberán marcar el punto de equilibrio entre la pretensión acusadora de la Fiscalía, la respuesta del imputado y la defensa y las demandas de justicia de la víctima y del Ministerio Público. Qué duda cabe en cuanto a que el cumplimiento de esta función precisa funcionarios judiciales respetuosos de los distintos roles procesales pero capaces de asumir, con respeto pero con firmeza, la dirección del proceso penal y, por lo mismo, legitimados y formados para orientarlo hacia el descubrimiento de la verdad, la realización de la justicia y el respeto de los derechos de sus distintos intervinientes. Es decir, el nuevo sistema procesal les plantea a los magistrados y jueces penales colombianos el reto de hacer del proceso, no un simple escenario de contemplación de la disputa entre partes en conflicto, sino un ámbito de realización de precisos fines constitucionales y legales que necesariamente convocan su responsabilidad como juzgadores.

Teniendo en cuenta las necesidades de formación planteadas por el nuevo sistema procesal penal y con clara conciencia del reto que les asiste a los magistrados y jueces penales colombianos, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, convocó a un grupo de expertos para que contribuyan a la reflexión sobre los fundamentos del nuevo proceso penal.

20

El plan diseñado consistió en seleccionar varios temas fundamentales del sistema procesal penal colombiano, realizar unas reflexiones iniciales sobre esos temas, elaborar documentos que recojan tales reflexiones y publicarlos como un módulo básico de formación que constituya un punto de apoyo para un proceso de capacitación por cumplir, de manera progresiva, en todo el país. De allí los temas sobre los que versaron los trabajos elaborados por los expertos convocados: Bloque de constitucionalidad y nuevo proceso penal, estructura básica del nuevo proceso penal colombiano, medidas de aseguramiento, juez de control de garantías, principio de oportunidad y preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y la defensa y prueba ilícita y regla de exclusión, que se constituyen en la primera de una serie de publicaciones sobre el nuevo sistema penal colombiano.

Estas reflexiones, que la Escuela Judicial pone en manos de la judicatura colombiana desde distintas perspectivas, invitan conforme a su modelo educativo a advertir en el nuevo proceso penal una oportunidad para que la institucionalidad colombiana realice el propósito de cerrarle el paso a la impunidad pero sin menoscabo de los derechos fundamentales; es decir, una ocasión para atender —con una nueva estructura, unos nuevos roles y de manera pronta y cumplida—, las demandas de verdad y justicia, pero siempre en un marco de estricto respeto de los derechos de los procesados y de las víctimas.

Agradecemos el envío al correo gguevara@cendoj.ramajudicial.gov.co de todos sus aportes y sugerencias, los cuales contribuirán a construir colectivamente el conocimiento judicial alrededor del nuevo sistema procesal penal, cuya implementación constituye uno de los mayores retos para el país, el cual, en cuanto le corresponde, sin duda será debidamente cumplido por la Rama Judicial.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DERECHOS HUMANOS Y NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL

Rodrigo Uprimny Yepes¹

El nuevo estatuto procesal penal establece explícitamente que los operadores jurídicos deben, al interpretar sus disposiciones, tomar en cuenta como parámetro normativo el bloque de constitucionalidad². De esta manera, este texto legal recoge un concepto que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional, no solo colombiana sino comparada, y que tiene una gran importancia, no solo teórica sino también práctica. En efecto: esta figura jurídica cumple una función trascendental en el proceso penal, en la medida en que permite incorporar los estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento interno colombiano. Así, en numerosas sentencias, la Corte Constitucional ha recurrido a ese concepto como fundamento normativo para tomar determinaciones tan importantes en materia penal, como las relativas al alcance de la obediencia debida por parte de los militares, o aquellas relativas a los derechos de las víctimas de los delitos³.

El bloque de constitucionalidad no solo permite, sino que incluso obliga, a interpretar los alcances del nuevo procedimiento penal a partir de las garantías fundamentales previstas no solo en la Constitución sino también en

¹ Abogado, doctor en economía política (Universidad Amiens). Profesor de la Universidad Nacional y director de la especialización en derecho constitucional. Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DJS. Ha escrito varios artículos sobre derechos humanos, derecho constitucional y sistema penal.

² Ver, por ejemplo, entre otros, el artículo 3° de ese estatuto, que señala que en "la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación en los estados de excepción, por formar parte del bloque de constitucionalidad."

³ Sobre obediencia debida, ver, entre otras, las sentencias C-225 de 1995 y C-578 de 1995. Sobre los derechos de las víctimas, ver, entre otras, las sentencias C-282 de 2002, C-04 de 2003 y T-249 de 2003.

muchos tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, con lo cual no solo constitucionaliza el procedimiento penal sino que obliga a analizarlo desde una perspectiva de derechos humanos. Y esto es indudablemente positivo, por cuanto contribuye a que en Colombia, en la práctica, avancemos hacia un sistema penal más garantista. Es pues importante que los distintos operadores jurídicos aprendan a manejar adecuadamente las implicaciones del bloque de constitucionalidad y aprovechen las posibilidades democráticas que derivan de esta figura. Esto es particularmente importante para los jueces de garantías y los jueces de conocimiento, ya que a ellos corresponde primariamente asegurar la efectividad de los derechos constitucionales en el proceso penal.

22

Este artículo pretende entonces brindar elementos para que los abogados, los fiscales, y en especial los jueces, puedan utilizar adecuadamente esta importante figura en su labor cotidiana, para lo cual comienza con una introducción conceptual sobre el significado del bloque de constitucionalidad y los problemas y ventajas de esta figura, para luego, en una segunda parte, describir brevemente su evolución jurisprudencial en Colombia. Luego, en una tercera parte, presenta una sistematización doctrinaria del alcance de la figura en la jurisprudencia constitucional actual, para luego, en la cuarta parte, estudiar sus implicaciones generales en el proceso penal. La quinta parte del artículo ofrece algunas aplicaciones prácticas y específicas que de esta figura ha hecho la Corte Constitucional en algunos problemas relevantes del proceso penal, como los relativos al fuero militar, a los derechos de las víctimas, o al alcance del *non bis in ídem*. Finalmente, en un anexo, ofrezco algunos ejercicios prácticos sobre el tema.

1. El concepto de bloque de constitucionalidad⁴

La noción de bloque de constitucionalidad puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica: este concepto hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el

⁴ Las tres primeras partes del artículo son una síntesis y una actualización jurisprudencial y doctrinaria de un texto anterior. Ver Rodrigo Uprimny, 2001.

texto constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supraleales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Constitución escrita. Por ejemplo, en Estados Unidos es claro que las mujeres gozan del derecho constitucional a abortar, tal y como lo señaló la Corte Suprema de ese país en la sentencia *Roe v Wade* de 1973. Igualmente, en Francia, es indiscutible que los derechos de sindicalización y de huelga tienen rango constitucional, tal y como lo determinó el Consejo Constitucional de ese país en varias decisiones. Sin embargo, si alguien leyera la totalidad de las Constituciones de Estados Unidos o de Francia de 1958, en ninguna parte de esos textos encontraría una mención expresa a esos derechos, que tienen, empero, rango constitucional.

23

Esta situación normativa aparentemente paradójica se explica porque las Constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales suelen hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia Constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor Constitucional. Los casos más evidentes son aquellos ordenamientos en donde la Constitución expresamente señala que, por ejemplo, ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, tal y como lo hacen varias Constituciones latinoamericanas⁵. En otros eventos, la referencia puede ser más compleja, como la llamada cláusula de los derechos innominados o no enumerados de la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos, según la cual el reconocimiento de ciertos derechos en la Constitución y en la carta de derechos no puede ser interpretado como una negación de aquellos que el pueblo se ha reservado⁶.

⁵ Ver, entre otros, el artículo 75 de la Constitución de Argentina, el artículo 5-II de la Constitución chilena, el artículo 17 de la Constitución de Ecuador de 1998, el artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, o el artículo 23 de la Constitución de Venezuela de 1999.

⁶ Muchas otras Constituciones han seguido el ejemplo estadounidense y han incorporado también este tipo de cláusulas de derechos innominados. Ver, por ejemplo, el artículo 5 de la Constitución de Brasil o el artículo 22 de la Constitución de Venezuela. En Colombia, el artículo 94 de la Constitución prevé esa cláusula.

Estos ejemplos elementales muestran entonces que en muchos ordenamientos jurídicos existen derechos o principios que no se encuentran directamente en el texto constitucional, pero que, por expreso mandato constitucional, tienen rango constitucional. El bloque de constitucionalidad es entonces un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales —esto es, con fuerza constitucional— son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales —esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional—. Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de Constitución escrita y con la supremacía de la misma, por cuanto es por mandato de la propia Constitución que normas que no hacen parte de su articulado comparten su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha ordenado⁷.

24

La existencia del bloque de constitucionalidad adquiere entonces una gran importancia para todos los operadores jurídicos en aquellos ordenamientos, como el colombiano, en donde la Constitución tiene fuerza normativa. En efecto: esta noción amplía los términos del debate constitucional, pues significa que los mandatos constitucionales que se deben tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos. Y esto es importante y no solamente en los casos propiamente constitucionales —como las acciones de tutela o los procesos de control abstracto— sino también en los juicios ordinarios, ya que los jueces tienen el deber de tomar en cuenta la Constitución también cuando resuelven asuntos penales, civiles o laborales, por cuanto, como lo dice el artículo 4º superior, la Constitución es norma de normas y prevalece sobre cualquier otra disposición que le sea contraria.

Debido a lo anterior, el bloque de constitucionalidad tiene ciertas ventajas y potencialidades democráticas, ya que permite que la Constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y

⁷ Ver Germán Bidart Campos. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado por Nogueira. (2000, p. 188).

derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia. Por ejemplo, en Francia, la Constitución de la V República no incorpora directamente ninguno de los derechos sociales ni de las libertades clásicas, pero gracias a la referencia al bloque de constitucionalidad, el Consejo Constitucional ha podido reconocer que esos derechos tienen jerarquía constitucional⁸.

El bloque de constitucionalidad favorece entonces la adaptación histórica de las Constituciones a nuevas realidades sociales y políticas, y en esa medida mantiene el dinamismo de los textos constitucionales, que se convierten entonces en "documentos vivientes", como han dicho algunos jueces y doctrinantes estadounidenses (Marshall 1997, Brennan 1997). Esto es importante no solo para el propio juez constitucional, que encuentra en esa categoría un instrumento dinámico para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, sino también para el abogado litigante y para el ciudadano en general, que pueden usar las normas incorporadas en el bloque de constitucionalidad como argumentos sólidos en la lucha por el reconocimiento de nuevos derechos.

Sin embargo, los riesgos de esa categoría, en términos de seguridad jurídica, de afectación del principio democrático o de arbitrariedad judicial, también son muy grandes, pues para los operadores jurídicos no es claro ni siquiera cuáles son las normas de referencia en un debate constitucional complejo. Por ejemplo, un juez podría, basándose en la cláusula abierta sobre derechos innominados⁹, invocar un derecho que no encuentre en el texto constitucional, pero que él considere inherente a la dignidad humana o a la libertad de las personas, y con base en ese valor anular regulaciones que para la gran mayoría de la sociedad son no solo legítimas sino muy importantes. En el fondo, eso fue lo que hizo la Corte Suprema de Estados Unidos en las primeras décadas del siglo XX, cuando anuló las leyes de intervención social, que habían establecido el salario mínimo o la jornada máxima de trabajo, argu-

⁸ Sobre Francia, ver Pierre Bon (1998), Louis Favoreu (1990, 1994) y Javier Pardo Falcón (1990).

⁹ Como lo señalamos anteriormente, esta cláusula establece que el listado de derechos del texto constitucional no excluye aquellos otros que no aparecen en él pero que son inherentes a la persona humana o a una determinada forma de gobierno.

mentando que estas violaban la libertad contractual, cuando el texto constitucional de ese país en ninguna parte reconoce, como derecho constitucional, esta libertad. Y es que, por medio de una suerte de bloque de constitucionalidad tácito, la Corte Suprema consideró que aunque el texto no lo dijera, la libertad contractual hacía parte del debido proceso sustantivo consagrado en la enmienda XIV de la Carta de Filadelfia¹⁰.

26

El bloque de constitucionalidad tiene entonces potencialidades y riesgos. Por ello, según algunos autores, esta expresión suele no ser tanto la denominación de una categoría conceptual clara y definida sino el enunciado de un problema complejo (Rubio, p. 108), en la medida en que simplemente sirve para manifestar la perplejidad que tienen en ocasiones los operadores jurídicos al no saber con precisión cuáles son las normas que, en un determinado momento histórico, integran una Constitución, y que son entonces relevantes para decidir un asunto específico.

Una breve referencia al derecho comparado, y en especial a las experiencias disimiles en este aspecto de Francia y Estados Unidos, muestra que en ciertos casos la ampliación de la Constitución, por la vía del bloque de constitucionalidad, ha producido resultados negativos para el progreso democrático, como sucedió con la doctrina del debido proceso sustantivo económico desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos a comienzos del siglo XX, y que sirvió para anular, sin bases constitucionales firmes, la legislación social en esa época. En cambio, en otros eventos, como en la evolución del Consejo Constitucional francés, la aplicación de esta categoría ha sido muy exitosa. Dos factores parecen haber incidido en los resultados diferenciados en esos dos países: (i) el grado de aceptación social de los nuevos valores reconocidos por los jueces y (ii) el rigor jurídico con el cual los tribunales realizaron esa incorporación en el bloque de constitucionalidad. Así, en Francia, los derechos que el Consejo Constitucional determinó que hacían

¹⁰ La bibliografía sobre ese período, llamado *Lochner*, por el caso más tristemente célebre de esos años, es inmensa, y en general muy crítica en contra de esos excesos de la Corte Suprema. Ver por ejemplo Tribe (1988). Para una explicación más amplia del debido proceso sustantivo como suerte de bloque de constitucionalidad tácito en el constitucionalismo estadounidense, ver Uprimny, 2001, punto 1.3.

parte de la Constitución gozaban de amplia aprobación por la sociedad francesa, como por ejemplo los principios y derechos reconocidos por la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789. Además, ese tribunal, a pesar de su osadía, ha sido muy cuidadoso en la fundamentación jurídica que sirvió de soporte al reconocimiento de nuevos derechos, pues no ha recurrido a vagas filosofías políticas sino que siempre se ha basado en textos jurídicos concretos, ha buscado siempre un soporte directo en el texto constitucional y ha intentado ser lo más consistente posible con sus precedentes. En cambio, la Corte Suprema de Estados Unidos, en la llamada época "Lochner", no solo constitucionalizó un valor—como la libertad contractual—que era controvertido por grandes sectores de la población y por importantes fuerzas políticas, sino que, además, su fundamentación jurídica fue muy precaria ya que se basó en filosofías iusnaturalistas, que no tenían un soporte claro en la Constitución. Esto muestra que el manejo de un concepto como el bloque de constitucionalidad supone dosis importantes de creatividad jurídica pero también de responsabilidad por parte de los operadores jurídicos, y en especial por parte de los jueces.

27

Una vez realizada la reflexión precedente sobre la importancia, el alcance y las dificultades de esta noción, conviene pues que entremos a examinar específicamente qué tan exitosa ha sido la experiencia colombiana en esta materia.

2. Evolución normativa y jurisprudencial en Colombia

En forma esquemática, es posible señalar que la recepción del bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico ha pasado por varias fases: (i) la jurisprudencia preconstituyente, que rechazó la posibilidad de incorporar esta noción; (ii) los tres primeros años de labores de la Corte Constitucional (1992 a 1994), en donde tácitamente, y con algunos titubeos, esta categoría empieza a tener incidencia jurídica, aunque no es mencionada expresamente por la jurisprudencia; (iii) los años 1995 y 1996, cuando la expresión ingresa en forma expresa y con fuerza en la jurisprudencia constitucional; (iv) los años posteriores (1996 a 2000), en donde la noción sigue expandiéndose pero la Corte intenta racionalizar su uso; y (v) finalmente el

período actual (2001 a 2004), en donde, a pesar de que subsisten algunas polémicas, la Corte consolida una dogmática relativamente clara sobre esta noción. Veámoslo.

28

Así, durante la vigencia de la Constitución de 1886, y mientras la Corte Suprema de Justicia ejerció el control de constitucionalidad, la idea del bloque de constitucionalidad tuvo un impacto muy precario. A lo sumo, en algunas ocasiones ese tribunal consideró que el desconocimiento de una ley orgánica por parte de una ley ordinaria podía acarrear la inconstitucionalidad de esta última, por infracción indirecta de la Carta, con lo cual tácitamente aceptó una cierta idea de bloque de constitucionalidad. Sin embargo, la Corte Suprema se negó siempre a considerar que la violación de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia pudiera ser una causa de inexequibilidad, con lo cual rechazó toda posibilidad de incorporar esos tratados en el bloque de constitucionalidad. Esto fue desafortunado, ya que la Carta de Derechos de la Constitución de 1886 era bastante pobre, pero al mismo tiempo, en los años sesenta y setenta, Colombia había ratificado numerosos pactos de derechos humanos, como varios Convenios de la OIT, los Pactos de Naciones Unidas y la Convención Interamericana. En esa época hubiera sido entonces muy interesante haber aceptado una cierta noción de bloque de constitucionalidad, que incluyera los tratados de derechos humanos, a fin de fortalecer la fuerza jurídica de estos valores en el ordenamiento interno¹¹.

La Constitución de 1991 varía de manera profunda la anterior situación, por cuanto confiere una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Cuatro disposiciones jugarán entonces un papel trascendental: de un lado, el artículo 53, según el cual, *"los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna"*. De otro lado, el artículo 93, que establece que ciertas normas internacionales de derechos humanos *"prevalecen en el orden interno"*, y que *"los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre de-*

¹¹ En uno de mis textos de esa época intenté mostrar la debilidad de la tesis de la Corte Suprema y la posibilidad de conferir rango, al menos supralegal, a los tratados de derechos humanos. (Uprimny, 1991, p. 99).

rechos humanos ratificados por Colombia". En tercer término, el artículo 94 que incorpora la cláusula de derechos innominados, pues precisa que "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos". Finalmente, el artículo 214, que regula los estados de excepción, e indica que incluso en esos momentos de crisis no pueden "suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales", y que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario".

Esta amplia apertura al derecho internacional de los derechos humanos permitió que la Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias, y en abierto contraste con la jurisprudencia preconstituyente, utilizara vigorosamente los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones. Así, poco a poco, y aunque no utilice la expresión, la Corte recurre a la idea del bloque de constitucionalidad, pues considera que muchas normas que no se encuentran directamente en el articulado constitucional —en especial las disposiciones internacionales de derechos humanos— tienen sin embargo relevancia constitucional al momento de decidir los casos. Varias decisiones del primer año de labores de la Corte son ilustrativas de este importante cambio jurisprudencial, pues es claro el reconocimiento de la fuerza normativa de los tratados de derechos humanos¹². Por ello, desde sus primeras decisiones, y aunque no hubiera usado la expresión, la Corte Constitucional admitió la existencia de un bloque de constitucionalidad, pues era claro que existían derechos y principios de valor constitucional, que no se encontraban directamente en el articulado constitucional.

A pesar de esa importancia creciente de las normas internacionales en la jurisprudencia constitucional desde 1992, la expresión "*bloque de constitucionalidad*" solo aparecerá a mediados de 1995, con la sentencia

¹² Ver las sentencias T-002 de 1992 sobre criterios para determinar la fundamentalidad de los derechos constitucionales, T-409 de 1992 sobre obediencia debida y derecho internacional humanitario, C-574 de 1992 que revisó la constitucionalidad del Protocolo I a los Convenios de Ginebra y la T-426 de 1992 que, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoció como fundamental el derecho a la subsistencia o derecho al mínimo vital.

C-225 de ese año. En esa ocasión, la Corte, luego de definir que, conforme al artículo 93 de la Carta, las normas humanitarias prevalecían en el orden interno, puesto que se trataba de derechos humanos que no podían ser suspendidos en estados de excepción, debió estudiar cuál era el lugar jerárquico que ocupaban esas disposiciones en nuestro ordenamiento. Y podían plantearse distintas tesis. Una de ellas es que prima la Constitución, porque el artículo 4º dice que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y "*la ley u otra norma jurídica*", se aplicarán las disposiciones constitucionales. Resulta entonces, que si la Constitución entrara en contradicción con un tratado de derecho humanitario, primaría la Constitución. Pero, conforme a otra tesis, el artículo 93 de la Carta establece la primacía de los tratados de derecho humanitario, porque esa norma dispone que los "*tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*". A este debate en el que, de un lado se da primacía a la Constitución y, de otro, se da primacía a los tratados internacionales, la Corte Constitucional, de manera salomónica, dio la siguiente solución: si hay dos disposiciones constitucionales aparentemente contrarias, el artículo 4º que da primacía a la Constitución y el artículo 93 que da primacía a los tratados internacionales, esto quiere decir que están en el mismo nivel jerárquico. De este modo, la solución que ha dado la Corte en cuanto a la relación entre los tratados de derechos humanos y la Constitución, con respecto a la jerarquía y la fuerza normativa interna, es la tesis de que ambos están al mismo nivel, conforme a la figura del bloque de constitucionalidad. Conviene transcribir in extenso el aparte correspondiente, por su importancia metodológica en este tema. Según la Corte:

"A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius*

cogens como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

La Corte considera que la noción de "bloque de constitucionalidad", proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.

(...)

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que estos forman, con el resto del texto constitucional, un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto: de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implican que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden

jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores".

32

A partir de esa fecha, la Corte comienza a usar con mayor frecuencia la noción de bloque de constitucionalidad en sus decisiones, tanto cuantitativa como cualitativamente. Así, desde el punto cuantitativo, si en los años 1995 y 1996, la Corte empleó la expresión bloque de constitucionalidad en cinco sentencias al año, a partir de 2000 tiende a emplearla en promedio en 45 sentencias al año¹³. Y, desde el punto de vista cualitativo, como se verá posteriormente en este artículo, esa figura tuvo impacto en puntos muy importantes del desarrollo de la jurisprudencia constitucional, especialmente en materia penal. Esa evolución es positiva pues muestra la importancia de la figura, que permitió a la Corte tomar en cuenta principios de derechos humanos que no aparecían explícitos en la Carta, pero que fueron decisivos para resolver asuntos complejos. Sin embargo, el empleo de esta figura por la Corte no ha estado exento de problemas, pues surgieron ambigüedades, al menos en dos aspectos esenciales.

De un lado, no es claro cuál es la naturaleza o la función de esa noción, pues la Corte parece adscribirle al menos tres significados. Así, la sentencia C-225 de 1995 sobre derecho humanitario señala que el bloque incorpora las "*normas de rango constitucional*", lo cual no incluye a las leyes estatutarias que no tienen esa jerarquía normativa. En cambio, en las sentencias C-578 de 1995 (obediencia debida) y C-135 de 1996 (estado de excepción), la Corte adopta un concepto más amplio, pues incluye también a las leyes estatutarias; en estas providencias. El bloque de constitucionalidad parece entonces referirse a todas aquellas disposiciones cuya violación acarrea la inconstitucionalidad de una ley, esto es, a lo que algunos autores denominan los "*parámetros de constitucionalidad*" de una ley. Finalmente, en la tutela T-477 de 1995, sobre el caso de un niño emasculado, el bloque de constitucionalidad parece tener nuevamente un significado distinto, pues en ese evento, la referencia a los tratados de derechos humanos no tiene como función analizar la constitucionalidad de una ley, sino valorar una situación fáctica específica y decidir un caso constitucional particular. El bloque de

¹³ Información obtenida con base en un estudio del autor de las sentencias de esos años.

constitucionalidad parece entonces referirse a las normas que tienen "*relevancia constitucional*" para decidir un determinado asunto.

Es obvio que estos distintos sentidos del bloque de constitucionalidad se encuentran relacionados. Por ejemplo, una norma de jerarquía constitucional (primera acepción) opera como parámetro de constitucionalidad de las leyes (segunda acepción) y es además relevante (tercera acepción) para decidir casos constitucionales. Pero sus significados no son idénticos, pues una norma —como un artículo de una ley estatutaria— puede constituir un parámetro de constitucionalidad, o tener relevancia constitucional, sin que obligatoriamente tenga jerarquía o rango constitucional. Por ello, la utilización de la misma expresión "*bloque de constitucionalidad*" para esos tres fenómenos, que son parcialmente distintos, puede en ocasiones generar ambigüedades.

33

De otro lado, y ligado a lo anterior, las sentencias de la Corte en ese período no establecen con claridad cuáles son las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ni cuáles son los mecanismos de incorporación que permiten determinar la pertenencia de un determinado derecho o principio en el bloque. Por ejemplo, no es totalmente claro si todos los tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad, o únicamente aquellos que reconocen derechos humanos.

Debido a esas ambigüedades, en los años siguientes la Corte intenta decantar el alcance de este concepto, pues busca precisar la naturaleza del bloque de constitucionalidad y la manera como este se estructura.

Así, desde el punto de vista dogmático, la Corte efectúa dos aclaraciones importantes: de un lado, en varias sentencias indica que la incorporación de un derecho o principio en el bloque de constitucionalidad no puede depender del capricho del intérprete sino que tiene que tener un fundamento normativo muy claro en el texto constitucional. Esta precisión ya la había hecho la Sentencia C-578 de 1995, que señaló que "*siempre que se habla de bloque de constitucionalidad se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior*". (Fundamento Jurídico N° 3). Pero lo cierto es que ese criterio metodológico solo adquiere una verdadera importancia a partir de 1997, pues será el que permitirá a la Corte concluir que ciertas normas que

algunos ciudadanos argumentaban que hacían parte del bloque de constitucionalidad, en realidad no pertenecían a ese conjunto normativo, por cuanto ninguna disposición constitucional ordenaba su integración. En particular, varias sentencias concluyeron que si bien ciertos tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, por el contrario los tratados en general no están integrados en el bloque de constitucionalidad. La Corte constató, entre otras cosas, que no existía ninguna remisión normativa que justificara la inclusión de todos los tratados en el bloque, pues *"la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes."* (Sentencia C-358 de 1997, fundamento 6º). En esa sentencia, la Corte consideró que el mandato del artículo 9º, según el cual las relaciones exteriores colombianas se orientan por los principios admitidos de derecho internacional, no constitucionalizaba todos los tratados. Según la Corte, obviamente el principio *pacta sunt servanda* orienta las relaciones de Colombia, pero *"el hecho de que se acepte que los tratados internacionales deben ser acatados no implica que las normas legales contrarias a lo pactado en los tratados deban ser consideradas inconstitucionales"*. La sentencia C-358 de 1997 se abstuvo entonces de examinar si unos artículos del Código Penal Militar violaban o no la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, suscrita en 1963 y aprobada en Colombia mediante la Ley 6ª de 1972. Por su parte, la sentencia C-582 de 1999 se abstuvo de estudiar si los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998 violaban o no el *"Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio"*, que corresponde a un anexo del *"Acuerdo de Marrakech"*, con el que se crea la Organización Mundial del Comercio, los cuales fueron aprobados en Colombia por la Ley 170 de 1994.

Igualmente, en los años ulteriores, la Corte tiene conciencia de las ambigüedades semánticas de la categoría e intentó entonces precisar la naturaleza y función del bloque de constitucionalidad, por lo cual distingue progresivamente entre bloque *"en sentido estricto"*, que corresponde únicamente a las normas de jerarquía constitucional, y bloque *"en sentido lato"*, que incorpora además las otras disposiciones, que sin tener rango constitucional, representan sin embargo un parámetro de constitucionalidad de las leyes, ya que pueden acarrear la invalidación de una norma legal sometida a control.

Esta distinción metodológica aparece desde la sentencia C-358 de 1997, fundamentos 3 y 4, en donde la Corte, al referirse al bloque de constitucionalidad distingue entre las "*normas situadas en el nivel constitucional*", como los convenios de derecho internacional humanitario, que tienen jerarquía y fuerza constitucional, y aquellas otras "*disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos*". Posteriormente, la sentencia C-191 de 1998 consolida esta diferenciación conceptual ya que la Corte distingue expresamente entre el bloque en sentido estricto (normas de rango constitucional) y en sentido lato (parámetros de constitucionalidad). Así, el fundamento 5 de esa sentencia afirma:

"Resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C. P., artículo 93). (...) Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias".

Posteriormente, otras sentencias, como la C-582 de 1999, retoman esa misma distinción, de suerte que esta parece haberse consolidado en la práctica jurisprudencial de la Corte.

Esas precisiones metodológicas han permitido a la jurisprudencia constitucional decantar el alcance de la figura y delimitar cuáles normas integran esa figura. De esa manera, la Corte ha resuelto problemas complejos, como

el relativo a los tratados de derechos humanos que no consagraban derechos humanos inderogables o al estatus de los convenios de la OIT. Y así, poco a poco, la Corte ha sistematizado una doctrina bastante clara sobre el bloque de constitucionalidad, que pasamos a presentar.

3. Sistematización doctrinaria y jurisprudencia actual sobre el bloque de constitucionalidad

Conforme al anterior análisis, los interrogantes que suscita el bloque de constitucionalidad tienen que ver con tres aspectos esenciales: (i) su naturaleza y función, (ii) el procedimiento de incorporación de nuevos principios y derechos, y (iii) el listado de normas que lo integran. Una dogmática constitucionalmente adecuada debe entonces sugerir respuestas en los tres campos, que además permitan que la figura siga jugando un papel dinámico en la recepción jurídica de los derechos humanos. Y en términos generales, la jurisprudencia de la Corte ha dado respuesta a los tres interrogantes, como se verá a continuación.

3.1. Precisiones conceptuales y terminológicas

En cuanto a la naturaleza de esta categoría, inicialmente la Corte denominó indistintamente "*bloque de constitucionalidad*" a (i) las normas de rango constitucional, a (ii) los parámetros de constitucionalidad de las leyes y a (iii) las normas que son constitucionalmente relevantes en un caso específico. Sin embargo, la distinción entre bloque en sentido lato y en sentido estricto, propuesta por la propia Corte desde 1997, fue un avance sustancial, pues introduce un cierto orden terminológico; pero durante algún tiempo subsistieron aún ciertas confusiones, que pueden tener efectos prácticos negativos. Por ejemplo, creo que la sentencia T-568 de 1999 tuvo razón en señalar que la recomendación del Comité de Libertad Sindical tenía una gran importancia para resolver ese caso; era pues una norma singular constitucionalmente relevante. Pero me parece inadecuado indicar que esa resolución hace parte del bloque de constitucionalidad, ya que esa recomendación solo tenía trascendencia en ese asunto específico, mientras que la expresión "bloque de constitucionalidad" debe reservarse para hacer referencia a pautas normati-

vas más generales y estables. Esto explica que la Corte, en decisiones ulteriores, aunque reconoce fuerza jurídica a las recomendaciones y decisiones concretas de los organismos internacionales, se abstiene de señalar que hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo cual ha consolidado el significado de la figura.

3.2. Las técnicas de reenvío normativo en la construcción del bloque

De otro lado, la propia Corte ha dado un paso esencial para resolver las dudas sobre la forma de incorporación de normas al bloque, ya sea en sentido estricto o lato, y es su jurisprudencia reiterada según la cual, para que un derecho o principio ingrese al bloque es necesario que exista una regla constitucional clara que ordene su inclusión. Por ende, el problema es determinar cuáles son las técnicas de remisión admitidas por nuestra Constitución y establecer un orden sistemático entre ellas.

37

Una breve referencia al derecho comparado es útil para resolver ese interrogante, ya que permite establecer una cierta tipología de las formas de remisión. Así, en el fondo existen cinco técnicas básicas de reenvío, que es posible clasificar, desde las más cerradas y jurídicamente seguras, hasta las más abiertas y complejas, así: (i) la remisión a textos cerrados y definidos, como cuando varias Constituciones latinoamericanas incorporan la Convención Interamericana; (ii) el reenvío a textos cerrados, pero cuya determinación suscita algunas polémicas e incertidumbres, como cuando el Preámbulo de la Constitución de Francia de 1946 (que hace parte del bloque por la remisión del Preámbulo de la Carta de 1958) a su vez remite "a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", pues no se sabe taxativamente cuáles son esas leyes ni esos principios; (iii) la remisión a textos por desarrollar, como cuando la Constitución española se refiere a los estatutos de autonomía que serían ulteriormente aprobados; (iv) las remisiones abiertas a valores y principios, como la cláusula de derechos innominados de la IX Enmienda de la Constitución estadounidense; y (v) finalmente, la remisión a otros valores por medio del uso de conceptos particularmente indeterminados, como la cláusula del debido proceso sustantivo en Estados Unidos, en donde los debates en torno a la integración del bloque se confunden con los problemas de interpretación.

Ahora bien, la conformación del bloque de constitucionalidad en Colombia es muy compleja y polémica, porque nuestra Carta no recurre a la técnica más segura (remisión a textos cerrados precisos) pero en cambio incorpora todas las otras formas de reenvío: así, hay remisiones a textos cerrados pero indeterminados, pues la Constitución se refiere genéricamente a los convenios de la OIT (CP art. 53) y a ciertos tratados de derechos humanos y derecho humanitario (CP arts. 93 y 214). Igualmente, la Carta confiere especial fuerza a textos por desarrollar, como las leyes orgánicas y estatutarias (CP arts. 151, 152, 153 y 214) o los nuevos convenios de derechos humanos que Colombia pueda ratificar (CP arts. 53, 93 y 214). La Constitución también establece remisiones indeterminadas, como la cláusula de derechos innominados del artículo 94. Y, finalmente, la Carta recurre a varios conceptos particularmente abiertos, pues indica que Colombia está fundada en el respeto de la dignidad humana, en la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP arts. 1º y 3º), y que es deber del Estado asegurar la vigencia de un orden justo (CP art. 2º).

Pero eso no es todo. No solo la Constitución colombiana incorpora múltiples técnicas de reenvío a otros principios y valores sino que, además, frente a un mismo tema, las formas de remisión parecen inconsistentes. Así, mientras el artículo 53 indica expresamente que los convenios de la OIT hacen parte de la legislación interna, y aparentemente carecen de fuerza constitucional, como lo afirman los magistrados Cifuentes y Naranjo en el salvamento al auto 078-A de 1999, por el contrario el artículo 93 parece conferirles otro rango normativo, ya que es razonable afirmar que esos convenios deben ser considerados tratados de derechos humanos.

Dadas esa complejidad y densidad de las remisiones normativas previstas en nuestra Carta, resulta apenas normal que la Corte haya a veces dudado sobre cómo integrar el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, aunque el tema seguirá siendo polémico, la propia evolución de la jurisprudencia constitucional ha permitido armonizar esas distintas técnicas de reenvío en una dogmática aceptable, con base en unas pocas reglas básicas.

Así, en primer término, la Corte ha mantenido su prudencia en relación con las cláusulas muy abiertas, como la prevista por el artículo 94 o por los conceptos excesivamente indeterminados. Y esto es razonable pues esas normas solo deberían constituir argumentos válidos y suficientes para reconocer

principios constitucionales en casos extremos, y poco probables, en donde exista un determinado derecho o valor que no tenga consagración expresa en la Constitución ni en ningún tratado de derechos humanos, pero haya adquirido una tal aceptación y relevancia social, que sea necesaria su incorporación al bloque.

En segundo término, la Corte en general ha asumido que los artículos 151, 152 y 153 de la Carta deben ser considerados cláusulas de remisión para integrar el bloque en sentido lato, pues esas normas determinan que las leyes ordinarias deben respetar los mandatos conferidos por las leyes orgánicas y estatutarias. Este tipo de leyes –estatutarias y orgánicas– si bien no tienen rango constitucional, representan entonces parámetros de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Sin embargo, en este aspecto subsisten algunas dudas, pues la sentencia C-708 de 1999 señaló que únicamente la Ley Estatutaria de Estados de Excepción hace parte del bloque en sentido lato pues es la única que es mencionada expresamente por un artículo constitucional distinto del 152 y del 153, en la medida en que el artículo 214 sobre estados de excepción establece específicamente que *"una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos"*. Esa tesis no me parece adecuada porque no creo que del mandato del artículo 214 superior pueda que las otras leyes estatutarias no condicionan la constitucionalidad de las leyes ordinarias, pues es obvio que no puede una ley ordinaria modificar una ley estatutaria. Por ello, en varias sentencias anteriores, la Corte había incorporado genéricamente todas las leyes estatutarias en el bloque en sentido amplio. La sentencia C-708 de 1999 ignora entonces ese hecho elemental y esa evolución jurisprudencial, y por ello solo cabe esperar que la Corte aclare y modifique su jurisprudencia en este punto.

39

En tercer término, y este era el punto más complejo, era necesario armonizar el inciso primero del artículo 93 con el segundo inciso de ese mismo artículo, y con el artículo 53 sobre los convenios de la OIT, ya que esas tres normas son las que han suscitado mayores controversias doctrinarias y jurisprudenciales. La dificultad reside en que estas disposiciones parecen establecer mandatos contradictorios, pues el artículo 93-1 confiere jerarquía constitucional únicamente a los tratados ratificados que reconocen derechos intangibles –como los convenios de derecho humanitario–, mientras que el

inciso segundo parece constitucionalizar todos los tratados ratificados por Colombia. Y, por su parte, el artículo 53 parece conferir a los convenios de la OIT una fuerza meramente legal. Sin embargo, a pesar de esas tensiones, la jurisprudencia ha armonizado estos tres mandatos, como lo explico brevemente.

Debido a la tensión normativa entre el artículo 93-1 y el 93-2 de la Carta, durante algún tiempo se generó una controversia en lo atinente a la cuestión de si hacían parte del bloque de constitucionalidad todos los tratados de derechos humanos, o únicamente aquellas normas contenidas en estos referidas a los llamados derechos intangibles que, conforme a la Convención Interamericana y al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, son aquellos que no pueden ser suspendidos en estados de excepción. Por su enorme importancia en este tema, conviene transcribir literalmente ese artículo 93, que estipula:

"Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

En una primera fase, la Corte desarrolló la doctrina de que únicamente hacían parte del bloque de constitucionalidad los componentes de los tratados, relativos a normas que no pueden ser suspendidas en estados de excepción, con base en el mandato de prevalencia de esas normas en el orden interno, según el mandato del inciso primero del artículo 93. Sin embargo, posteriormente la Corte concluyó que esa interpretación era restrictiva, puesto que la segunda parte del artículo 93 establece que los derechos constitucionales deberán interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, sin establecer el requisito de la prohibición de suspensión en estados de excepción. Con base en esto, la Corte progresivamente desarrolló la tesis de que todos los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional y hacen parte del bloque de

constitucionalidad¹⁴. La sentencia T-1319 de 2001, fundamento 12, explicó lo anterior en los siguientes términos:

"El artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas distintas. Cada una de las hipótesis establece mandatos de incorporación al bloque de constitucionalidad, de alcance diferente. El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se integran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado.

41

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano, o el deber, tengan su par en la Constitución, pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción.

En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando estos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal

¹⁴ Ver, entre otras, las sentencias C-10 de 2000, T-1303 de 2001 y T-1319 de 2002.

derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien: los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado.¹⁵¹¹

42

De esa manera, conforme a la jurisprudencia de la Corte, todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, aunque con algunas diferencias sutiles, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Incluso en cierto sentido, no solo los tratados sino la interpretación que de los tratados hagan las instancias internacionales de protección, como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana o los órganos de control de la OIT, tienen una cierta fuerza constitucional. Aunque en este punto la Corte Constitucional ha sido un poco ambigua, en general ha reconocido que la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos es una doctrina particularmente importante y relevante cuando se va a interpretar la Constitución, toda vez que, si los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados, deben ser interpretados de conformidad con la interpretación que de los tratados hacen los órganos autorizados en el ámbito internacional, que en el sistema interamericano serían la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana¹⁶. Así, expresamente la sentencia C-010 de 2000 señaló al respecto:

"La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales

¹⁵ Este criterio ha sido reiterado ulteriormente. Ver, por ejemplo, la sentencia C-551 de 2003, Fundamento 279.

¹⁶ Ver al respecto las sentencias C-010 de 2000 y T-1319 de 2001.

deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales"¹⁷.

De otro lado, también considero que la Corte resolvió adecuadamente el tema de los convenios de la OIT ratificados por Colombia, los cuales, según el artículo 53 de la Carta, "hacen parte de la legislación interna". Una lectura literal podría llevar a la conclusión de que, a diferencia de los otros tratados de derechos humanos, esos convenios de la OIT tienen una fuerza meramente legal, pues son solo parte de la "legislación interna". Esta interpretación, que es la que sustenta el salvamento de voto de Cifuentes y Naranjo al auto 078-A de 1999, parece aceptable, no solo porque armoniza con el tenor literal del artículo 53 superior sino además porque se sustenta en la regla hermenéutica, según la cual la norma especial prima sobre la general. En efecto, el artículo 53 es la única disposición constitucional que expresamente se refiere a los convenios de la OIT, por lo cual, debe entenderse que ese artículo es el que define el estatus de esos instrumentos internacionales en nuestro ordenamiento, sin interesar lo que dispongan las otras normas constitucionales sobre tratados de derechos humanos, como el artículo 93.

A pesar de su aparente fuerza, esa hermenéutica no resultaba satisfactoria, pues conducía a unos resultados paradójicos: tendríamos que aceptar que la Constitución discrimina a los convenios de la OIT frente a los otros tratados de derechos humanos, pues mientras que estos últimos pueden adquirir rango constitucional, por las remisiones del artículo 93 superior, los convenios de la OIT estarían condenados a tener una fuerza meramente legal. Esta conclusión es inaceptable, pues estos convenios de la OIT son verdaderos tratados de derechos humanos, que buscan brindar una salvaguarda particular al trabajo, por lo cual resulta impensable que la Constitución los discrimine, ya que la Carta establece que Colombia es un Estado social de dere-

¹⁷ En el mismo sentido ver la sentencia C-406 de 1996. Sin embargo, en este tema, las sentencias T-568 de 1999 y C-010 de 2000 siguen siendo importantes, pues en ellas la Corte utiliza *in extenso* decisiones de instancias internacionales.

cho, que se basa en el trabajo (Preámbulo y art. 1º), que es no solo un principio sino también un derecho y una obligación social, que goza de especial protección en todas sus modalidades (CP art. 25).

44

La Corte Constitucional, luego de algunas vacilaciones, ha acogido la doctrina de que a pesar de que el artículo 53 de la Carta pareciera establecer una excepción en materia de tratados de derechos humanos, al disponer que los convenios de la OIT no hacen parte del bloque de constitucionalidad y que esta es una norma especial, ha concluido que una interpretación sistemática lleva al siguiente resultado: esos convenios tienen rango constitucional. Para llegar a esta conclusión, la Corte acogió una interpretación sistemática y axiológica, según el cual, si la Constitución colombiana es una Constitución fundada en el trabajo (como derecho y principio), este amerita especial protección del Estado. Por consiguiente, y si los convenios de la OIT son relativos al trabajo, sería un contrasentido afirmar que una Constitución que en su artículo 25 ordena una especial protección al trabajo, por otro lado excluya del bloque de constitucionalidad a los convenios específicos referidos al trabajo. De esta manera, la Corte en la sentencia T-1303 de 2001 concluyó que los convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad. Dijo entonces la Corte:

"No tendría coherencia que se protegieran todos los derechos humanos menos los que se refirieran al derecho al trabajo, cuando en la Constitución de 1991 el trabajo es un derecho fundante (artículo 1º C. P.), una finalidad de la propia Carta (Preámbulo), un derecho fundamental (artículo 25). En consecuencia, los Convenios de la OIT integran el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso 2º del artículo 93 de la C. P. y tal característica se refuerza con lo determinado en el inciso 4º del artículo 53 *ibidem*"¹⁸.

3.3. Normas integrantes del bloque

La anterior sistematización de las técnicas de reenvío ha permitido, a su vez, determinar con cada vez mayor claridad cuáles normas integran el bloque

¹⁸ Este criterio ha sido reiterado ulteriormente. Ver, por ejemplo, la sentencia C-551 de 2003, Fundamento 288.

de constitucionalidad, tanto en sentido estricto como en sentido lato. Así, conforme a esa dogmática, hay que concluir que, según la jurisprudencia de la Corte¹⁹, hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vi), en cierta medida, la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, al menos como criterio relevante de interpretación. Como es obvio, esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Y de otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente, con la precisión de que algunas sentencias de la Corte excluyen algunas leyes estatutarias de su integración al bloque de constitucionalidad en sentido lato.

45

3.4. Una evaluación de la doctrina de la Corte

La presentación anterior muestra que, a pesar de la indudable audacia de algunas de sus decisiones, la Corte Constitucional ha intentado construir una dogmática sensata del bloque de constitucionalidad, a fin de evitar los riesgos que tiene esa noción, cuyo mal manejo puede generar enormes inseguridades jurídicas, como lo resalté anteriormente. Tres elementos muestran esa prudencia de la Corte. Así, en primer término, el tribunal ha evitado, en lo posible, usar el artículo 94, según la cual la *"enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos"*. Esta cláusula de derechos innominados, si bien puede ser necesaria en casos extremos, es de todos modos muy problemática, ya que es la que genera más posibilidades de arbitrariedad judicial, por cuanto permite la constitucionalización de derechos que no tienen ninguna consagración textual. Por ello es importante destacar que la Corte ha utilizado en muy pocas ocasiones ese artículo 94 para incorporar derechos en el bloque de constitucionalidad, y cuando lo ha hecho, también ha recurrido a otros argu-

¹⁹ Ver, por ejemplo, la sentencia C-582 de 1999.

mentos jurídicos: referencias a tratados de derechos humanos o a otros artículos constitucionales²⁰. Esto muestra que en el desarrollo del bloque de constitucionalidad, la Corte ha optado por incorporar textos de tratados de derechos humanos, y no vagas nociones de filosofía política, con lo cual ha evitado extender indebidamente el alcance de esa noción.

En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, la Corte ha intentado ser bastante rigurosa en el proceso de incorporación de normas al bloque, pues ha señalado insistentemente que solo pueden tener ese carácter aquellos textos, principios o derechos que cuenten con una expresa remisión constitucional, como sucede con los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario. (CP arts. 93 y 214).

46 Finalmente, la Corte ha avanzado en una sistematización dogmática del alcance de esta noción, pues ha intentado precisar no solo su naturaleza y función (distinción entre bloque en sentido estricto y en sentido lato) sino también el listado de los principios y derechos que integran cada uno de esos subgrupos.

Todo lo anterior muestra que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido, en términos generales, valiosa, pues ha combinado el vigor en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, con la prudencia en el manejo dogmático de la categoría.

La anterior sistematización doctrinaria permite entonces un uso al mismo tiempo sencillo y dinámico de la figura del bloque de constitucionalidad, tanto a escala general como en el campo específico del procedimiento penal, espacio este último en el que aquella adquiere mucha importancia ante las expresas referencias contenidas en múltiples disposiciones de la Ley 906 de 2004. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 3º, que incorpora como princi-

²⁰ Así, hasta donde yo conozco, solo en dos casos el artículo 94 constituyó un argumento importante para que la Corte reconociera rango constitucional un derecho: cuando la Corte concluyó que la Carta establecía el derecho de las personas a conocer su filiación jurídica (Sentencia C-109 de 1995) y cuando planteó que toda persona tenía un derecho a su identidad, que incluía el derecho a la identidad sexual (sentencia T-477 de 1995); pero en ambos casos, la Corte mostró que si bien esos derechos no estaban expresamente reconocidos por la Constitución o por los tratados ratificados por Colombia, sin embargo se desprendían tácitamente de otras disposiciones, como el derecho a la personalidad jurídica o al libre desarrollo de la personalidad.

pio rector y garantía procesal la prelación de los tratados internacionales que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción por formar parte del bloque de constitucionalidad; con el artículo 124, que dispone que la defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen a favor del imputado; con el artículo 181, que consagra, como causal del recurso extraordinario de casación, la falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso; el artículo 241, que dispone que el análisis e infiltración de organizaciones criminales se ajustarán a los presupuestos y limitaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia y el artículo 276, que dispone que la legalidad de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas depende de que se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.

47

Procedo pues a presentar la eficacia específica del bloque de constitucionalidad en relación con el nuevo proceso penal.

4. Uso general del bloque de constitucionalidad en relación con la interpretación del Nuevo Código de Procedimiento Penal

Para que el bloque de constitucionalidad tenga realmente eficacia normativa, es necesario que el juez penal, ya sea que se desempeñe como juez de garantías, ya sea que presida el juicio oral, tenga en cuenta las normas que integran dicho bloque de constitucionalidad para determinar el alcance de las garantías en el proceso penal, para que de esa manera pueda proteger adecuadamente los derechos fundamentales en el proceso penal, que es una de sus funciones esenciales. Ahora bien: para realizar adecuadamente esa labor, el funcionario judicial debe tener en cuenta al menos los siguientes aspectos: (i) debe tener claro cuáles son las normas constitucionales y de derechos humanos convencionales más importantes en relación con el proceso penal; (ii) debe tener claro cómo optar entre disposiciones que puedan tener tensiones o contradicciones en este aspecto; (iii) debe saber usar la doctrina y la

jurisprudencia internacionales de derechos humanos en este campo; (iv) y debe además tener claro el valor que pueden tener ciertos documentos internacionales de derechos humanos, que no son tratados ni jurisprudencia, pero pueden ser relevantes, como es el caso de ciertas declaraciones aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas, como la *"Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder"*, que fue adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985, entre otras. Procedo pues a desarrollar esos puntos.

4.1. Las normas del bloque de constitucionalidad más relevantes para el proceso penal

48

El proceso penal está destinado a esclarecer delitos y a eventualmente imponer sanciones a los responsables de esos ilícitos, que suelen ocasionar daños importantes no solo a la sociedad en general sino también, y tal vez especialmente, a víctimas específicas. En dicho proceso, en ocasiones, las personas son privadas de la libertad, como medida preventiva para asegurar la eficacia del delito, y las autoridades policiales e investigadoras pueden verse obligadas a restringir otros derechos, como la intimidad, para obtener medios de prueba. Además, una de las penas usuales a que recurre el derecho penal es la privación de la libertad, y por ello, las garantías procesales adquieren su mayor expresión en este campo. El proceso penal pone entonces en juego esencialmente varios tipos de derechos: (i) la libertad personal y sus garantías específicas, pues ese derecho puede verse afectado en la investigación penal y en el proceso penal; (ii) el debido proceso, pues este debe ser garantizado; (iii) la protección judicial de otros derechos, como la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, y (iv) los derechos de las víctimas. Y por ello, es claro que las normas y principios más relevantes en este campo tienen que ver con la garantía judicial de la libertad, el debido proceso penal, la garantía judicial de otros derechos como la intimidad, y el reconocimiento de los derechos de las víctimas.

Conforme a lo anterior, son de especial importancia, a escala constitucional, los artículos 15, 28 a 33, y 250 a 253 de la Carta. Esas normas son conocidas por los funcionarios judiciales, por lo que no vale la pena detenerse demasiado en su examen.

Al lado de ellas, y menos conocidas pero de igual importancia, son las normas internacionales de derechos humanos relativas a la garantía de la libertad, al debido proceso y los derechos de las víctimas. Entre ellas, sin lugar a dudas, las más relevantes, pero no las únicas, son las siguientes:

De un lado, la protección de la libertad personal se encuentra específica y detalladamente regulada en el artículo 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (de ahora en adelante PIDCP) y en el artículo 7 de la Convención Interamericana (CI), que son ambos tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Esas normas son semejantes, pero imprescindibles, en especial para el juez de garantías, puesto que establecen las condiciones en las cuales una persona puede ser transitoriamente privada de la libertad.

49

Por su parte, el debido proceso penal se encuentra regulado especialmente en los artículos 14 del PIDCP y el 8 de la CA, que son normas esenciales pues desarrollan garantías del debido proceso, en ciertos aspectos con mayor claridad que la Constitución.

En tercer término, encontramos en esos mismos pactos las disposiciones que protegen la intimidad y la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones. (Art. 11 de la CA y art. 17 del PIDCP).

Por último, encontramos algunas pocas disposiciones en tratados relativas a derechos de las víctimas de abusos de poder, entre las cuales se encuentra especialmente el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el derecho de toda persona no solo a acceder a un tribunal independiente e imparcial para la definición de sus derechos (Art. 8° CA y art. 14 del PIDCP) sino también a contar con un recurso sencillo que la ampare contra las violaciones a sus derechos humanos. (Art. 25 CA y art. 2 del PIDCP).

Estas normas no son obviamente las únicas disposiciones de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que son relevantes para el proceso penal, pues existen otros tratados ratificados por Colombia que pueden ser importantes, como la Convención contra la Tortura, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas, o los protocolos de derecho

internacional humanitario²¹. Sin embargo, las anteriores disposiciones son tal vez las normas convencionales, esto es, contenidas en tratados, más importantes para el proceso penal, y por ello son de conocimiento ineludible por parte de los jueces penales, en la medida en que permiten concretar muchas veces algunas garantías contenidas en la Constitución, como intentaré mostrarlo, con algunos ejemplos prácticos, en los puntos ulteriores de este trabajo.

4.2. La importancia del principio *pro homine* en el uso del bloque de constitucionalidad

50 Una pregunta puede surgir: ¿Qué sucede cuando existen discrepancias o contradicciones entre normas relativas al proceso penal que hacen parte del bloque de constitucionalidad? La respuesta a este interrogante es clara: los convenios de derechos humanos suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, o principio *pro homine* (O'Donnell, 2001, p. 63), según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado²². La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica²³, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, debemos concluir que el bloque de constitucionalidad constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y que, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Y como es obvio, para

²¹ Por ejemplo, los artículos 37 y 39 de la Convención de los Derechos del Niño establecen regulaciones específicas sobre la privación de la libertad de los menores; por su parte, el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT establece restricciones a la aplicación de la justicia penal a los indígenas. Finalmente, los artículos 5 y 6 del Protocolo II establecen garantías mínimas a la libertad y reglas mínimas de debido proceso aplicables en caso de conflicto armado interno.

²² Ver, por ejemplo, el artículo 5º del PIDCP y el artículo 29 de la CA.

²³ Ver las sentencias C-406 de 1996, fundamento 14 y C-251 de 1997, fundamento 14.

ese ejercicio debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de las instancias internacionales, que constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado. Esto nos remite al valor y a la importancia que en este tema toman la doctrina y la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos.

4.3. El bloque de constitucionalidad y la relevancia de la doctrina y jurisprudencia internacionales de derechos humanos

Las normas contenidas en los tratados de derechos humanos ya son, en sí mismas, importantes. Pero en ciertos casos, pueden ser mucho más importantes las interpretaciones que de las mismas han hecho ciertos doctrinantes y en especial las instancias internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos del PIDCP. Y la razón es la siguiente: en ocasiones, el lenguaje mismo de los convenios de derechos humanos es abierto. Así, varias de esas normas protegen a las personas contra injerencias "arbitrarias" en su intimidad. Sin embargo, ¿qué significa que una injerencia sea arbitraria? Para responder a ese interrogante es muy útil tener en cuenta la jurisprudencia desarrollada por estos órganos, que ha ido definiendo poco a poco, a través de decisiones de casos individuales, o por medio de comentarios generales a los pactos de derechos humanos, el alcance de esos conceptos abiertos²⁴.

Con todo, podría objetarse que en el ordenamiento interno colombiano la jurisprudencia internacional, como la desarrollada por la Corte Interamericana o el Comité del PIDCP, no tiene ningún valor, porque no es formalmente fuente de derecho. Y que menos aun tiene valor la jurisprudencia de otros sistemas de derechos humanos, a los cuales Colombia no se encuentra sometida, como la desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos.

²⁴ Los ejemplos son innumerables, pero, entre muchos otros, conviene destacar la Observación General No. 13 del Comité del PIDCP sobre el alcance del debido proceso y las sentencias de la Corte Interamericana en los casos Genie Lacayo (29 de enero de 1997), Loayza Tamayo (17 de septiembre de 1997) y Castillo Petruzzi y otros (30 de mayo de 1999). Una excelente compilación doctrinaria es O'Donnell, 2004, capítulos 4, 5 y 6, y O'Donnell, Uprimny y Villa, Tomo I, pp. 329 y ss.

Sin embargo, esas objeciones no son válidas, por las siguientes razones.

De un lado, Colombia se ha comprometido a respetar los tratados de derechos humanos, y por ello, en función del principio *pact sunt servanda*, todos los funcionarios del Estado, incluyendo a los jueces, deben esforzarse por aplicar esos tratados.

De otro lado, es la propia Carta la que remite a esa doctrina y jurisprudencia en el artículo 93-2, cuando señala que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, puesto que esa norma hace relevante constitucional la "interpretación doctrinaria"²⁵ de esos tratados adelantada por las instancias internacionales de protección de derechos humanos, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en varias sentencias.

Finalmente, incluso la jurisprudencia de otros sistemas de derechos humanos es relevante, por cuanto el propio sistema de fuentes del derecho internacional así lo indica. En efecto: el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que es la norma de referencia en materia de sistema de fuentes del derecho internacional público, indica que son fuentes no solo (i) los tratados y (ii) la costumbre sino también (iii) los principios generales de derecho admitidos por las naciones civilizadas y (iv) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas más autorizados de las distintas naciones. En esa medida, las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos son relevantes por la similitud de contenidos en materia de derechos humanos entre la Convención Europea y el PIDCP y la CA, por lo que la jurisprudencia europea puede ser considerada como doctrina autorizada para interpretar el alcance de las cláusulas de la CA y del PIDCP. Eso explica que en numerosas sentencias, la Corte Interamericana haya recurrido a la doctrina derivada de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como elemento para interpretar el alcance de la CA. Un ejemplo, entre muchos otros, es la sentencia del 12 de noviembre de 1997 del caso Suárez Rosero, en donde,

²⁵ Sobre este concepto de "interpretación doctrinaria" en derecho internacional, ver O'Donnell, 2001, p 71 y ss.

en el párrafo 72, la Corte Interamericana acoge los criterios de la Corte Europea sobre la noción de plazo razonable y dice expresamente:

"Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; y Eur. Court H. R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, párr. 30; Eur. Court H. R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30)".

53

4.4. El posible uso de otros documentos de derechos humanos

Existen finalmente otros documentos internacionales que no solo pueden ser relevantes para interpretar el alcance de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad sino que incluso pueden llegar a ser considerados parte del bloque mismo. Se trata de declaraciones o principios elaborados por importantes doctrinantes, o por cuerpos especializados, y que adquieren un valor jurídico importante, debido a que son adoptados por órganos internacionales, como la Asamblea General de Naciones Unidas, o al reconocimiento mismo que van ganando, en la medida en que son considerados expresiones de derecho internacional consuetudinario o doctrina autorizada. Algunos ejemplos, entre muchos otros, son los "Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura"²⁶, la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder"²⁷, las "Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración

²⁶ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

²⁷ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

de la justicia de menores ("Reglas de Beijing")²⁸, o los llamados "Principios de Joinet" sobre impunidad y derechos de las víctimas²⁹.

54 En sentido estricto, ninguno de esos documentos hace parte directamente del bloque de constitucionalidad pues no son tratados de derechos humanos ni adquieren fuerza jurídica automática por el solo hecho de haber sido aprobados por la Asamblea General de la ONU. Por ello sería un error invocarlos como si fueran en sí mismos un tratado o por sí mismos un texto vinculante, porque no lo son. Sin embargo, no se trata de documentos irrelevantes para la valoración e interpretación de las normas del procedimiento penal colombiano, por cuanto algunos de esos documentos pueden adquirir un notable valor doctrinario, o ser considerados expresiones y codificaciones del derecho consuetudinario, o adquirir valor jurisprudencial por su uso por tribunales nacionales e internacionales. Así, las Reglas de Beijing fueron explícitamente usadas por la Corte Interamericana en el caso de los llamados "*niños de la calle*"³⁰, mientras que los principios de Joinet sobre impunidad son no solo considerados la doctrina más autorizada sobre el tema sino que, además, han sido reiteradamente invocados por distintos tribunales, incluyendo la Corte Constitucional³¹. Por consiguiente, esos textos, aunque no hacen parte mecánicamente del bloque de constitucionalidad, pueden ser utilizados, con las debidas precauciones, para interpretar el alcance de las garantías en el proceso penal. Esto significa que esos documentos, que a veces se conocen en el derecho internacional como "Soft Law", pueden, en determinados casos, entrar a hacer parte del bloque de constitucionalidad, o al menos ser un elemento esencial para la interpretación del alcance de los principios y derechos constitucionales.

²⁸ Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

²⁹ Ver Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CN.4/Sub.2/1994/11 y E/CN.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final).

³⁰ Ver la Sentencia del 19 de noviembre de 1999 del caso Villagrán Morales y Otros, párrafo 197.

³¹ Ver sentencia C-228 de 2002, Fundamento 4.2.

5. Algunos ejemplos de aplicación práctica del bloque de constitucionalidad en asuntos procesales penales por la Corte Constitucional

En esta última parte quisiera presentar, y sin ningún ánimo de exhaustividad, algunas aplicaciones prácticas del bloque de constitucionalidad en materia procesal penal.

Un primer ejemplo interesante es el del alcance del fuero militar, regulado por el artículo 221 de la Constitución. En algunas ocasiones, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a quien corresponde resolver los conflictos entre la jurisdicción militar y la justicia penal ordinaria, llegó a conclusiones muy problemáticas. Hubo así varios casos de ejecuciones, masacres y desapariciones forzadas que fueron atribuidos a la Justicia Penal Militar. Es más, incluso casos de acceso carnal violento fueron atribuidos a la jurisdicción castrense. Así, una secretaria fue violada por un militar y el caso fue asignado a la justicia castrense, pues la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura dijo que si el militar había violado a esa mujer fue aprovechándose del servicio, por lo cual el caso debía ir a la justicia penal militar³².

55

Ahora bien, una lectura aislada y asistemática del artículo 221 de la Constitución podría llevar a la conclusión de que el Consejo Superior de la Judicatura tenía razón, porque la Constitución establece que: "De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares...". En este sentido, el argumento de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura consistía en lo siguiente: argumentaba que esa Sala no estaba diciendo que la violación o la ejecución extrajudicial fueran actos del servicio, pero sí comportamientos que ocurrían con ocasión del servicio y, por consiguiente, correspondían a la justicia penal militar. La Corte Constitu-

³² Para un análisis sistemático de este tema, ver Rojas Betancourt, pp. 287 y ss. El caso de la violación fue resuelto por la decisión del 6 de julio de 1995, MP Enrique Noguera. Otro caso de violación también fue atribuido a la jurisdicción castrense por la decisión del 10 de febrero de 1991, MP Rómulo González.

cional en varias sentencias, también retomando los estándares internacionales de derechos humanos, llegó a una conclusión distinta: según su parecer, en un Estado democrático, la Fuerza Pública tiene ciertos cometidos o funciones que le son propios; por ende, si los militares cometen delitos que tienen que ver con esas funciones y si, además, esos delitos se hacen con ocasión del servicio, de ellos puede conocer la justicia castrense. Pero la Corte aclaró que hay cierto tipo de hechos punibles, como los delitos de lesa humanidad, que son tan extraños a las funciones propias de la fuerza pública en un Estado democrático, que por más que sean cometidos con ocasión del servicio, rompen cualquier conexidad con este y tienen que ser investigados por la justicia ordinaria. Con base en esta doctrina, en numerosas sentencias la Corte ha reenviado casos que estaban siendo investigados por la justicia penal militar a la justicia ordinaria.

56

La decisión que dio origen a esta doctrina es la sentencia C-358 de 1997, pero ha sido reiterada en numerosas ocasiones, lo cual muestra, nuevamente, que es una doctrina jurídica totalmente consolidada en la Corte³³. Esta tesis se ha visto fortalecida en unas últimas sentencias por referencia a normas expresas de derecho internacional que establecen que frente a cierto tipo de actos, no puede conocer la justicia penal militar. Así, el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada dispone que en ningún caso los actos de desaparición forzada pueden ser conocidos por la justicia castrense. La sentencia C-580 de 2002, luego de recordar la doctrina que la Corte había elaborado desde 1997, declaró constitucional ese mandato. La Corte precisó que la regla de la Convención que proscribe a la jurisdicción penal militar conocer del delito de desaparición forzada, no solo no merece reproche de constitucionalidad, sino que incluso es imperativa desde el punto de vista constitucional.

Pero la Corte ha ido incluso más lejos. Ha considerado que si la función de la fuerza pública no solo no es violar los derechos humanos sino evitar que ocurran crímenes de lesa humanidad, un caso de descuido de un comandante de la fuerza pública, que se traduzca en la ocurrencia de delitos de lesa humanidad, no podría ser tomado simplemente como una negligencia funcional, sino como una posible coautoría en dichos delitos. Precisamente basándose

³³ Ver, entre otras, las sentencias C-878 de 2000 y C-580 de 2002.

en ese criterio, la Corte envió el caso del General Uscátegui a la justicia penal militar, a pesar de que ese oficial no estaba acusado de complicidad directa en la atroz masacre ocurrida en Mapiripán, sino de omisión de socorro. En este caso, la Corte consideró que cuando la omisión le es atribuida a una persona que tiene bajo su responsabilidad evitar que esos hechos ocurran, eso ya no configura una simple omisión de socorro, sino que el militar ha desconocido su posición de garante en ese campo y, por consiguiente, se le puede imputar directamente el delito de lesa humanidad y la conducta debe ser investigada por la justicia penal ordinaria, y no por la jurisdicción castrense. Dijo entonces la Corte que *"las omisiones en las que incurrieron los sindicatos permitieron la realización de hechos degradantes del sentimiento de humanidad. De ahí que, por razones objetivas, no sea posible asignar competencia a la justicia penal militar"*³⁴.

57

Un segundo ejemplo igualmente interesante es la doctrina sobre el alcance de los derechos de las víctimas, por cuanto allí hubo una modificación profunda de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en cierta medida se dio a raíz de la variación de la doctrina internacional sobre el tema, lo cual muestra la importancia del bloque de constitucionalidad como figura que mantiene viva una Constitución.

Así, aproximadamente hasta el año 2000, la Corte estuvo muy dividida sobre ese punto pero aún así, de manera reiterada sostuvo la tesis tradicional de que en los procesos penales las víctimas tenían una pretensión eminentemente patrimonial. Es cierto que existían algunas sentencias aisladas que señalaban que los derechos de las víctimas desbordaban esa pretensión indemnizatoria, pero la tendencia fue aceptar que en el proceso penal la participación de las víctimas buscaba esencialmente una reparación patrimonial. A partir del año 2001, la Corte Constitucional tomó nota de la variación que a escala internacional se había dado sobre los derechos de las víctimas, en especial en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de Barrios Altos del Perú³⁵, en donde esta corporación internacional concluyó que la amnistía que se había dado era contraria a la Convención, a pesar de que Perú se había comprometido a reparar a las víctimas. La Corte Interamericana llegó a

³⁴ Sentencia SU-1184 de 2001, MP Eduardo Montealegre Lynett. Fundamento 28.

³⁵ Ver la sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú).

esta conclusión al considerar que no se garantizaban los derechos a la verdad y a la justicia. A partir de esta evolución de la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el tema, la Corte Constitucional varía radicalmente su jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas, y reconoce que en los procesos penales el derecho de participación de las víctimas no tiene un interés puramente reparatorio o material, sino que corresponde al derecho a una reparación más integral, que incluye el derecho a la verdad y el derecho a la justicia³⁶.

58

Ahora veamos cuáles son las implicaciones de esta doctrina, al menos en el esquema procesal vigente todavía. Por ejemplo, si uno sostiene que la víctima solo tiene un interés reparatorio, podría ser excluida de la investigación previa de un proceso penal, por cuanto en la investigación previa todavía no hay sindicado, y si es así, ¿contra quién podría la víctima dirigir la pretensión de reparación? En ese caso no habría sujeto pasivo de esa pretensión de reparación, por lo cual podría el legislador, razonablemente, excluir a las víctimas de la participación en la investigación previa de un proceso penal, si estas únicamente tuvieran un interés reparatorio, y precisamente esa exclusión fue declarada constitucional por la Corte en la sentencia C-293 de 1995. Posteriormente, la Corte varía su jurisprudencia y establece que la víctima no tiene sólo un interés patrimonial, sino que tiene unos derechos más amplios que incluyen el derecho a la verdad y a la justicia, y bajo esta tesis ya la víctima o el perjudicado no pueden ser excluidos de la investigación previa, por cuanto tienen derecho a la verdad y a la justicia, y uno de los momentos esenciales para determinar la verdad de lo que ocurrió y para formular pretensiones adecuadas de justicia, es precisamente la investigación previa³⁷.

Otra situación que se daría en caso de que las víctimas únicamente tuvieran una pretensión puramente reparatoria es que estas no podrían apelar el fallo, por ejemplo una sentencia condenatoria, por considerar que la pena es muy baja. Supongamos que condenan a alguien por una masacre a tres

³⁶ Hay numerosas sentencias sobre el tema, pero hay tres particularmente importantes, en las que se concreta ese cambio: la sentencia C-282 de 2002, la sentencia C-04 de 2003 y la sentencia C-578 de 2002 sobre el Tribunal Penal Internacional.

³⁷ Sentencia C-282 de 2002, MP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

meses de prisión; si la víctima tiene una pretensión puramente reparatoria, no podría impugnar esa decisión, porque no tendría legitimación para hacerlo ya que la declaración de responsabilidad es suficiente para demandar la indemnización de perjuicios materiales. En cambio, si los derechos de las víctimas incluyen el derecho a la justicia, es claro que la víctima o el perjudicado podrían apelar ese tipo de decisiones, por considerar que la sanción no es proporcionada.

Finalmente, esa doctrina sobre los derechos de las víctimas ha tenido consecuencias en la participación de organismos de derechos humanos en investigaciones judiciales sobre masacres, como lo muestra la sentencia T-249 de 2003. En este caso, el peticionario hacía parte de un grupo de derechos humanos y había solicitado ser parte civil en el proceso penal seguido por las masacres y los delitos que se habían cometido en la región de Urabá. Al peticionario se le había negado la participación como parte civil en estos procesos, pues la Fiscalía argumentaba que él no había sufrido ningún perjuicio directo. El peticionario argumentaba que en este caso no había únicamente homicidios dispersos, sino que había un patrón sistemático de homicidios y ejecuciones que podían configurar un delito de lesa humanidad y, por consiguiente, la perjudicada no era únicamente la comunidad directamente afectada, sino en el fondo, toda la humanidad. La Corte Constitucional acepta esas pretensiones e indica que, dentro de ciertos límites, aquellos que demuestren seriedad en la defensa de los derechos humanos tienen derecho a constituirse como parte civil en esos procesos. La sentencia T-249 de 2003 da entonces razón al peticionario y concluye que en ese tipo de procesos, debido al derecho a la verdad, a la reparación y a la justicia, así como a la naturaleza de los delitos de lesa humanidad (sin que la Corte prejuzgara que se había cometido o no ese delito), cabía una parte civil popular y, por consiguiente, la Corte ordenó a la Fiscalía que admitiera la parte civil en estos procesos.

El tercer ejemplo es el tema de la compleja y difícil relación entre el *non bis in idem* o la prohibición de doble enjuiciamiento y el derecho de las víctimas. El principio del *non bis in idem*, como es conocido, consiste en la prohibición de que una persona sea investigada dos o más veces por un mismo delito, y esta prohibición es una de las grandes garantías del derecho penal,

60 porque evita lo que llaman algunos el ensañamiento punitivo del Estado y garantiza el principio de la seguridad jurídica de los ciudadanos. Es pues una garantía ciudadana esencial en una democracia. Sin embargo, esa prohibición del *non bis in idem* puede entrar en tensión muy fuerte con los derechos de las víctimas, sobre todo cuando los presuntos implicados son absueltos a partir de investigaciones que no tuvieron muchas garantías de seriedad. En la sentencia C-04 de 2003 la Corte tuvo que analizar precisamente esa tensión entre el *non bis in idem* y los derechos de las víctimas, a raíz de una demanda contra la norma que regula la acción de revisión del Código de Procedimiento Penal aún vigente. Esa norma establece, en términos muy generales, que la acción de revisión solo procede para sentencias absolutorias, y solo en beneficio del procesado, consagrando dos excepciones muy particulares: que se diera el caso en que el juez hubiera cometido un delito o que la persona hubiera sido absuelta por prueba falsa. La Corte, entonces, en esa sentencia, luego de analizar las relaciones entre los derechos de las víctimas y el principio del *non bis in idem*, concluye que en relación con los delitos en general, esa restricción que establece el Código de Procedimiento Penal es válida, pero como los derechos de las víctimas se incrementan en la medida en que el delito es más grave, la restricción se vuelve desproporcionada en caso de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones de derechos humanos, sobre todo cuando se constata que la investigación que había realizado el Estado era en el fondo una investigación aparente. A partir de esta argumentación, la Corte concluye que en esas hipótesis la acción de revisión es viable.

6. Breves conclusiones

El bloque de constitucionalidad ha sido, en términos generales, una categoría fructífera pues ha permitido que los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario hayan entrado con fuerza en la práctica jurídica colombiana. Esa evolución representa un avance notable en la consolidación de una cultura jurídica de los derechos humanos en el país, sobre todo si comparamos la actual situación con la práctica jurídica existente antes de 1991, cuando los jueces negaban cualquiera fuerza jurídica a los tratados en la materia. Y es que antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, las normas internacionales de derechos humanos no tenían ninguna aplicación práctica en nuestro país. Con contadas y notables excepciones, los jueces colombianos no conocían ni aplicaban esas normas, como lo mostró una in-

vestigación empírica de un grupo de jueces y de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana³⁸.

El bloque de constitucionalidad representa entonces un instrumento para que el nuevo proceso penal permita consolidar efectivamente un sistema penal que sea al mismo tiempo eficaz y garantista. Que eso se logre o no dependerá en gran parte de los propios jueces e intervinientes en el proceso penal y de su capacidad para traducir, en decisiones concretas, esos estándares abstractos de derechos humanos.

³⁸ Así, un grupo de jueces, coordinado por el entonces magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, Carlos Valencia, realizó en 1989 una encuesta entre jueces penales de Bogotá con el fin de indagar qué tanto esos funcionarios conocían y aplicaban en sus casos los tratados de derechos humanos. Conforme a esa investigación, sólo el 10% de los jueces conocía al menos un tratado, menos del 3% conocía al menos dos tratados de derechos humanos, y ninguno de esos funcionarios había aplicado ninguna de esas normas en un caso específico. (Ver Carlos Valencia, 1990, p. 110). Como lo resalta el estudio, si eso ocurría en Bogotá, que es donde los jueces tienen mayores posibilidades de actualizar su información jurídica, ¿cómo sería la situación en el resto del país? El propio Carlos Valencia fue una de las pocas excepciones a esa tendencia, pues pocos meses antes de ser asesinado dictó las providencias del 27 y 29 de abril de 1989 y de mayo 15 de ese mismo año, por medio de las cuales inaplicó la prohibición de libertad provisional consagrada en el Decreto 1203 de 1987, fundándose para ello en la supremacía del Pacto de Derechos Civiles y Políticos sobre la legislación de excepción.

BIBLIOGRAFÍA

- Vincent Berger. (1991) *Jurisprudente de la Cour Européenne des droits de l'homme*. Paris, Sirey.

- Pierre Bon (1998) "Francia" en Eliseo Aja (Ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona, Ariel.

- William Brennan (1997) *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification* en David O'Brien (Ed.) *Judges on judging. Views from the Bench*. New Jersey: Chatham House Publishers Inc.

- Louis Favoreu (1990) *El bloque de constitucionalidad* en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 5.

- Humberto Nogueira Alcalá (2000) *Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos* en Anuario de Derecho Latinoamericano. Edición 2000. Buenos Aires: CIEDLA, Konrad Adenauer.

- Thurgood Marshall (1997) *The Constitution: A living document* en David O'Brien (Ed.) *Judges on judging. Views from the Bench*. New Jersey: Chatham House Publishers Inc.

- Observatorio de Justicia Constitucional. (1998). *Balance jurisprudencial de 1996*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

- Daniel O'Donnell. (2001) *Introducción al derecho internacional de los derechos humanos* en Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (Comp.). *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos.

- Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (Comp.) (2001) *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos.

- Daniel O'Donnell. (2004) *Derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de ONU para los Derechos Humanos.
- Javier Pardo Falcón (1990). *El Consejo Constitucional Francés*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Danilo Rojas Betancourt. *Impunidad y conflictos de jurisdicción* en Pensamiento Jurídico, No. 15, 2002, pp. 287 y ss.
- Francisco Rubio Llorente (1993). *"El bloque de constitucionalidad" en La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Laurence Tribe (1988). *American Constitutional Law*. (2 Ed.). New York: The Foundation Press,
- Rodrigo Uprimny (1991). *Estado de sitio y tratados internacionales: una crítica a la jurisprudencia constitucional de la Corte* en Gustavo Gallón (Comp.). *Guerra y Constituyente*. Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.
- Rodrigo Uprimny (2001) *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal* en Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (Comp.). *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de NU para los derechos humanos.
- Carlos E. Valencia García (1990). *Legislación y jurisprudencia colombiana en relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos* en Gustavo Gallón (Comp.). *Espacios internacionales para la justicia colombiana*. Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.

ANEXO DE EJERCICIOS

Este anexo incluye algunas preguntas de discusión que quedan sin respuesta, pues se trata de estimular una discusión jurídica sobre estos temas. Igualmente incluye un ejercicio interpretativo de aplicación del bloque de constitucionalidad a unos temas específicos. En estos casos se da una respuesta como ejemplo de aplicación del bloque de constitucionalidad.

A) Preguntas para discusión:

1. Teniendo en cuenta la doctrina internacional y de la Corte Constitucional sobre derechos de las víctimas, ¿qué opina usted de la supresión de la parte civil como sujeto procesal en el nuevo Código de Procedimiento Penal?

65

2. ¿Considera usted que las llamadas Reglas de Mallorca hacen parte del bloque de constitucionalidad?

B) Aplicaciones interpretativas del bloque de constitucionalidad

Presento dos ejemplos prácticos de aplicación del bloque de constitucionalidad que me correspondió estudiar y decidir como magistrado encargado de la Corte Constitucional. Aunque ambos ejemplos son relativos al Código de Procedimiento Penal aún vigente, creo que son útiles por los principios que incorporan y por el ejercicio interpretativo que implican. En ambos casos mi posición fue minoritaria, lo cual muestra que se trata de asuntos polémicos, pero útiles como ejercicio interpretativo. La idea es que el lector lea el interrogante y el caso, y luego remito a la solución del caso.

1. ¿Cuál es el alcance del principio de imparcialidad judicial? ¿Excluye ese principio que el juez pueda sugerir al fiscal una variación de la calificación jurídica de la acusación?

El problema específico es si viola el debido proceso que el numeral 2º del artículo 404 de la ley 600 de 2000 establezca que si el juez advierte que es necesario variar la calificación jurídica provisional de la acusación, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia. ¿Qué opina usted? Esta discusión es re-

levante incluso en otros temas, como el relativo a si el juez puede o no ordenar la práctica de determinadas pruebas.

El punto fue resuelto en la sentencia C-1288 de 2001, en donde salvé el voto al respecto. El examen del salvamento de voto muestra la importancia que pueden tener los estándares internacionales de derechos humanos para resolver casos de esta naturaleza.

2. ¿Implica el derecho de defensa y el principio constitucional de contradicción de la prueba previstos en el artículo 29 de la Constitución que un procesado pueda contrainterrogar un testigo, si este fue interrogado por la Fiscalía? Si tal es el caso, ¿en qué condiciones debe poder hacerse ese interrogatorio?

66

El problema específico era el de una persona condenada con base en un testimonio realizado por la Fiscalía con un testigo protegido en Estados Unidos. La defensa no pudo participar, por diversas razones, en la práctica de ese interrogatorio, por lo cual alegaba violación del derecho de defensa. La Fiscalía argumentaba que no era así, pues la defensa podía controvertir el testimonio. ¿Hubo o no violación del derecho de defensa? ¿Qué opina usted?

Hoy este punto parece clarificado por el artículo 8º de las normas rectoras del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), que explícitamente señala que el derecho de defensa incluye la posibilidad de interrogar en audiencia a los testigos de cargo, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal. Pero el punto no solo no era pacífico anteriormente, sino que incluso con la entrada en vigor del nuevo procedimiento penal pueden suscitarse algunos problemas semejantes.

El punto fue abordado por la sentencia SU-1300 de 2001, con tres salvamentos de voto y una aclaración de voto. Nuevamente creo que este caso evidencia la importancia de los estándares internacionales de derechos humanos para delimitar el alcance de las garantías penales.

Estructura del Proceso Penal

Aproximación al Proceso Penal

Colombiano

Gerardo Barbosa Castillo¹

Introducción

La expedición de un nuevo Código de Procedimiento Penal, además de exigir a todos los interesados su evaluación y análisis a profundidad, constituye un buen pretexto para retomar al estudio de algunos conceptos básicos, sin los que esta disciplina terminaría por convertirse en un ritualismo absurdo. Y es que, en realidad, la eficiencia de la administración de justicia no depende tanto de las virtudes de la legislación procesal de turno, sino del sentido lógico que los operadores jurídicos les impriman a la interpretación y aplicación de esas normas adjetivas. No cabe duda de que existen unos modelos teóricos más aconsejables que otros, pero, en últimas, el procedimiento penal debe terminar siendo derecho constitucional aplicado², por cuanto se orienta hacia el equilibrio, no siempre fácil, entre dos propósitos estatales de máxima importancia como son la justicia y la garantía de los derechos fundamentales.

67

Por esta razón, al entrar en vigencia un Código de Procedimiento Penal que privilegia la ritualidad oral y que pretende dar desarrollo al principio acusatorio, antes que aprender las técnicas decantadas en algunos países para el desarrollo de la oralidad —cuya importancia es innegable—, resulta necesario y urgente prestar atención a los fundamentos del sistema procesal. Esto no significa hacer oscuras especulaciones sobre temas trajinados e inútiles, con vacías pretensiones de erudición, sino adquirir conciencia de que la trascendencia de los intereses en juego dentro de un proceso penal exige su comprensión por encima de su aplicación mecánica.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en ciencias penales y criminológicas. Profesor de pregrado y posgrado. Abogado litigante. Coautor, entre otras obras, de *Bien jurídico y derechos fundamentales*.

² Cfr. C. Roxin: *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 9 y ss.. En el mismo sentido, J. Bernal Cuéllar y E. Montealegre Lynett: *El Proceso Penal*, T. 1, 5ª. Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004.

Al dar aplicación a las normas contenidas en un Código de Procedimiento Penal, el funcionario judicial debe estar en capacidad de comprender que cada una de ellas desarrolla valores y principios de raigambre constitucional; y si bien no es necesario ni pertinente que en cada ocasión haga extensas explicaciones sobre el trasfondo de cada precepto, sí debe actuar de manera coherente con el contexto normativo y no como mero ejecutor de instrucciones impartidas en abstracto por el estatuto procesal. En el desarrollo de un proceso penal se hacen evidentes reiteradas confrontaciones –muchas veces insalvables– entre diversos principios constitucionales y derechos fundamentales, que el funcionario debe estar en capacidad de resolver de manera racional, bajo el supuesto de que la ponderación que permite dar respuesta a tales conflictos debe atender las circunstancias concretas de cada caso.

68

Las reformas normativas, por importantes que sean, no constituyen por sí mismas una solución a las deficiencias del sistema judicial. En este sentido, el componente humano es el elemento fundamental para que el sistema no solo sea eficiente, sino, lo que es tanto o más importante, para que sea un verdadero instrumento de realización de justicia material con pleno respeto de los derechos fundamentales.

1. El proceso como método estandarizado para administrar justicia

Los procesos judiciales en general, y el proceso penal en particular, no son simples secuencias de ritos determinados caprichosamente por el legislador como presupuestos de una decisión final (fallo, sentencia o providencia que haga sus veces). Si bien es cierto que el legislador cuenta con un amplio margen o libertad de configuración en esta materia, también lo es que existen límites lógicos y normativos para la tarea que en esta materia aborda el legislador.

El principal límite lógico tiene que ver con la naturaleza misma del proceso; si las formalidades procesales fueran vacías y caprichosas, también serían innecesarias. Esto significa que si al Congreso se le asigna la facultad de determinar los ritos propios de los procesos judiciales, es porque estos ritos, en algún sentido, tienen importancia y son necesarios. Ahora bien: una de las razones por las que los ritos pueden resultar necesarios es por la adhesión

social (entiéndase respeto, reverencia) que ciertas solemnidades pueden conllevar; pero esta, que es cierta, es una razón insuficiente para justificar toda la parafernalia que implica el desarrollo de un proceso.

Tradicionalmente por "proceso" se ha entendido el conjunto de ritualidades (actos procesales) necesarias para la adopción de una decisión mediante la cual se resuelve un conflicto³. Esta manera de entender el proceso, aunque es acertada, deja enormes vacíos en la comprensión de su naturaleza y sus componentes. En efecto: es evidente la tautología presente en esta forma de conceptualizar el proceso: *proceso es un conjunto de actos procesales, y acto procesal es cada una de las partes que integran el proceso*. Este, que denominaremos el concepto "formal", es quizás también el más tradicional y el más extendido, además del menos útil. Como cualquier tautología entraña una verdad incontrovertible, pero además de no aportar mayores elementos teóricos que permitan comprender la noción de proceso, genera equívocamente la idea de que los "actos" que lo integran son ritos caprichosamente impuestos por el legislador, cuyo acatamiento irrestricto legitima por sí solo el trámite correspondiente.

En una perspectiva diferente, que denominaremos *material*, el *proceso* puede identificarse con un método⁴. El legislador, en este sentido, lo que plasma en los códigos de procedimiento es un método para administrar justicia, seleccionado en un momento histórico determinado. Y los operadores jurídicos lo que hacen es ejecutar ese método; bien podría plantearse que a los mismos fines puede llegarse por distintos caminos, pero por razones de seguridad jurídica e igualdad, el método judicial debe ser uno solo aplicable a todos los casos y personas.

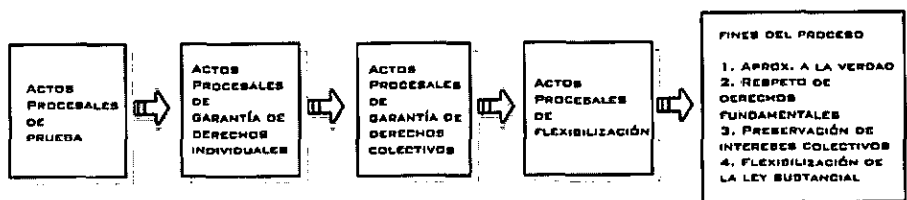
Etimológicamente método es camino, valga decir, la secuencia de pasos que lleva de un lugar a otro; y, en estricto sentido, los orígenes semánticos de la expresión *método* no podrían ser más afortunados, pues a pesar de la complejidad que en algunos casos pretende asignarse a las cuestiones metodológicas, todo se reduce a la identificación de los pasos que, en cual-

³ Sobre la evolución del concepto tradicional ver J. B. J. Maier: *Derecho Procesal Penal*, T. II, Parte General, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, P. 15 y ss.

⁴ Ver, en este sentido: J. M. Asencio Mellado: *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanche, Valencia, 2002, pág. 193.

quier actividad, permiten o facilitan llegar a propósitos preestablecidos. Ahora bien: a pesar del símil, un método no sólo es apto para conducir de un sitio físico a otro; el cómo llegar a cierta meta, esto es, cuál es el recorrido ideal —o por lo menos eficiente— en aras de alcanzar un determinado propósito, depende de la naturaleza de lo pretendido. Esto significa varias cosas. En primer lugar, que lo metodológico está presente en toda realización humana conciente; todo comportamiento dirigido a fines implica ejecución de un método. En segundo lugar, que no existe "un método" sino tantas cuantas alternativas puedan imaginarse para alcanzar una meta; el hecho de que unos métodos sean, en determinado contexto, más simplificados que otros, o más seguros que otros, no desvirtúa la eficacia de todo recorrido que permita llegar al fin propuesto. En tercer lugar, no todos los fines a los que puede aspirarse llegar son tangibles ni mensurables físicamente, lo cual no significa que no existan métodos en ciencias tales como las sociales, a pesar de que los resultados en estos casos no sean físicamente aprehensibles.

El proceso judicial, en consecuencia, entendido como método, es la secuencia lógica y ordenada de pasos (actos procesales) que permite llegar a los fines que le son propios y cumplir su función; un proceso penal en un Estado Social de Derecho⁵, visto en esta perspectiva, supone la realización de una serie de actos procesales, orientados hacia cuatro fines básicos, a saber: a) lograr una aproximación razonable al conocimiento de la verdad; b) respetar los derechos fundamentales de los individuos involucrados en el proceso; c) resguardar los intereses sociales en juego; d) flexibilizar, cuando es del caso, las normas de derecho sustancial.



⁵ Sobre la evolución histórica del proceso a la par de los modelos de Estado ver A. Suárez Sánchez: *El Debido Proceso Penal*, Ed. Externado de Colombia, 2001.

Y se dice que es un método estandarizado por cuanto, si bien es posible que a los cuatro fines enunciados anteriormente se llegue por distintas vías, por razones de seguridad jurídica y de igualdad mal podría el Estado dejar al arbitrio de sus funcionarios judiciales, en cada caso, la selección del método de administrar justicia. En este sentido, la expedición de Códigos de Procedimiento no es una facultad, sino una obligación del legislador, que debe seleccionar, entre las múltiples alternativas posibles, la que estime más eficiente y más acorde al sistema normativo en general. La idea de un procedimiento preestablecido se arraiga en la tradición del Estado de derecho, tanto como expresión de igualdad de todas las personas ante la ley, así como manifestación del respeto hacia derechos fundamentales. A los fines procesales, en consecuencia, como regla general, no debe llegarse por cualquier vía, sino solo por aquella que ha sido preestablecida por el legislador. Sin embargo, al comprenderse el proceso penal en perspectiva metodológica se concluye que no toda irregularidad en el trámite implica su ineficacia, pues esto solo debe ocurrir en situaciones extremas que evidencian la afectación de derechos fundamentales (trascendencia material del vicio procesal) o el resquebrajamiento de la estructura del proceso (trascendencia metodológica del vicio procesal)⁶.

71

Y desde el punto de vista normativo, el principal límite a la libertad de configuración que tiene el legislador al elaborar un Código de Procedimiento Penal corresponde al bloque de constitucionalidad, del que se derivan pautas que no pueden desatenderse. Pero no sólo se delimita de esta manera el ámbito de la actividad del legislador, sino que se fijan parámetros de interpreta-

⁶ Un par de ejemplos permite aclarar esta afirmación: a) La legislación establece la forma como deben notificarse ciertas decisiones, especialmente aquellas que no se dan a conocer en estrados. Si no se cumple con el rito previsto en la ley, se incurre en una irregularidad (vicio procesal); pero a pesar de existir una irregularidad objetivamente incuestionable, solo debe ameritar la declaratoria de ineficacia en cuanto también se demuestre que tal vicio procesal menoscabó derechos fundamentales (trascendencia material) de un sujeto o interviniente procesal; b) Al culminar la audiencia de formulación de acusación, por error se cita directamente a audiencia de juicio oral, omitiéndose el trámite intermedio. En este caso no podría argumentarse, por ejemplo, que el hecho de haberse capturado en flagrancia al imputado arroja suficiente certeza sobre lo ocurrido y que sería innecesario dilatar el trámite. En eventos como el del ejemplo los argumentos sobre falta de trascendencia material del vicio, por plausibles que parezcan, no permiten legitimar la ruptura de la estructura lógica del proceso.

ción de las reglas que desarrollan el procedimiento penal⁷. Al dar aplicación a la legislación procesal penal, el operador de justicia debe siempre hacer un análisis valorativo del contenido de cada precepto, de su conformidad con el bloque de constitucionalidad y del mejor alcance que deba dársele de acuerdo con este.

Entre los límites normativos del método procesal resulta necesario destacar los relacionados con la configuración del modelo estatal y los que se desprenden de la escala de valores acogida constitucionalmente. Por esta razón, los códigos de procedimiento penal de países que desarrollan un derecho consuetudinario necesariamente deben diferir en sus contenidos sustanciales respecto de aquellos que desde la Constitución misma se inclinan hacia la afirmación del principio de legalidad como uno de los pilares de su estructura valorativa.

En concreto, la incidencia de la estructura estatal y de la escala de valores acogida en la Constitución puede apreciarse, por ejemplo, en cuanto a la necesidad de sustentación explícita conforme a la legalidad en países como el nuestro, ajena a los de tradición jurídica anglosajona. Esto –en pocas palabras– significa que no es posible en Colombia, mientras no se reforme sustancialmente la Constitución Política, prescindir de la motivación explícita de las decisiones judiciales, lo cual conlleva en materia penal, la argumentación relativa a cada uno de los elementos dogmáticos del hecho punible descritos en la legislación sustancial y el análisis valorativo de las pruebas en las que se fundamenta la decisión⁸. Tanto es así, que es tal motivación la que permite el desarrollo del recurso extraordinario de casación.

⁷ Como se recordará, en las últimas legislaciones las reglas relativas a la libertad fueron objeto de interpretaciones conforme a la Constitución que modificaron sustancialmente su contenido literal. Así ocurrió con las hipótesis de detención preventiva y con el contenido de la ley 750 de 2002 al extenderse sus previsiones también a los padres cabeza de familia.

⁸ "La motivación de las sentencias es una consecuencia necesaria de la función judicial y su vinculación a la ley y el derecho constitucional del justiciable a exigirla encuentra su fundamento en que el conocimiento de las razones que llevan al órgano judicial a adoptar sus decisiones constituye instrumento, igualmente necesario, para contrastar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que procedan, y en último término, a oponerse a las decisiones arbitrarias." F. Cordon Moreno: *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, Ed. Aranzadi, El Cano, 1999, pág. 179.

Otro aspecto en el que se hace notoria la limitación normativa que el bloque de constitucionalidad impone a la legislación procesal penal es el relacionado con las formas de terminación anticipada del proceso y los márgenes de discrecionalidad susceptibles de otorgarse a la Fiscalía en ejercicio del llamado *principio de oportunidad* y en las negociaciones con el procesado. Mientras que en otros países el ejercicio de la acción penal es una potestad de la rama ejecutiva del poder público, y depende esencialmente de criterios políticos, en el nuestro la acción penal se asigna a la rama judicial del poder público, que debe ejercerla con fundamento en criterios de legalidad. Por esta razón, mientras en otros países, especialmente los de cultura jurídica anglosajona, el empleo adecuado o inadecuado del principio de oportunidad genera responsabilidades políticas, en el nuestro generará responsabilidades jurídicas, valga decir, puede incurrir en responsabilidades penales y disciplinarias el funcionario que haga un empleo inadecuado del principio de oportunidad o de las negociaciones susceptibles de adelantarse con el procesado.

73

En suma, cuando se habla de proceso penal como método de administrar justicia, se está afirmando que la secuencia de ritos que lo integran no corresponde a formalismos caprichosos, sino que son pasos dirigidos hacia fines que, a su vez, están determinados por el modelo de Estado en el que ha de desarrollarse el correspondiente proceso. Esa secuencia de pasos la selecciona el legislador con un amplio margen de libertad de configuración, pero con limitaciones lógicas y normativas como las que se mencionaron anteriormente. Al aplicar el método procesal, es decir, al dirigir el proceso penal, los funcionarios judiciales no son simples ejecutores de las instrucciones contenidas en el Código de Procedimiento Penal, sino que son esencialmente garantes de la aplicación de los principios constitucionales que entran en juego, y muchas veces en conflicto, en el desarrollo de un proceso penal.

2. La lógica del método procesal

El conocido aforismo romano "*dame los hechos que yo te daré el derecho*" (*da mihi factum, dabo tibi ius*) da una idea aproximada de la lógica del método procesal. Para aplicar las normas de derecho sustancial que permiten dar solución a un determinado conflicto jurídico debe previamente llegarse a un conocimiento confiable de la realidad de los hechos generadores de ese conflicto. Cómo llegar —o por lo menos aproximarse— al conocimiento confiable de esos hechos es una problemática que exige la adopción de un método.

En algunos periodos históricos los métodos acogidos no eran propiamente racionales. Durante la edad media europea, las ordalías y los juicios de Dios (combates, justas y torneos entre caballeros, pruebas de protección divina, etc.) se asumieron como medios confiables para llegar al conocimiento de verdades absolutas. El pensamiento supersticioso en el que se fundamentaba esta forma de proceder llevaba a creer que Dios se expresaba, en el caso de las ordalías, a través del resultado de una competencia de fuerza o habilidad—, dando la razón al ganador y condenando al perdedor, o, en el caso de los genéricamente llamados Juicios de Dios, extendiendo una protección sobrenatural a los inocentes que se sometieran a las más absurdas pruebas⁹.

74

La renacentista institución de la inquisición supuso, por su parte, respecto de las anteriores formas de acceder a la verdad, un paso importante hacia la racionalización del método judicial. En efecto, para conocer la verdad (absoluta) los inquisidores se valieron de formas de convicción muy parecidas a lo que hoy conocemos como medios de prueba judicial, valga decir, testimonios, documentos, inspecciones y, por supuesto, la confesión, la prueba reina; solo que en el iluso empeño de administrar justicia en nombre de Dios, para llegar a la verdad no podían existir limitantes, razón por la cual, en la lógica del sistema, el empleo de tormentos y torturas no solo era admisible, sino aconsejable. En este caso, el proceso se integra básicamente de actos procesales de prueba, es decir, el camino por recorrer para llegar al fin pretendido—acceder la verdad absoluta— solo tiene que integrarse por pruebas, pues la protección de derechos fundamentales ni siquiera era una idea que inquietara en este periodo histórico.

En los Estados de Derecho contemporáneos, para administrar justicia sigue siendo necesario acceder a una verdad acerca de lo ocurrido. Pero se

⁹ De las muchas variantes han trascendido las pruebas del juramento, el fuego y el agua. En la primera, el acusado debía jurar lo que afirmaba poniendo a Dios por testigo; si su acusador insistía, ordinariamente se daba lugar a un duelo (lid) que definía la verdad de los hechos en disputa; la más característica de las pruebas del fuego consistía en hacer levantar al acusado un hierro candente y pesado por un tiempo prolongado, para posteriormente introducirle sus manos en un saco que se cerraba por algunos días, al cabo de los cuales solo la inexistencia de señales de quemaduras era entendido como prueba de inocencia respecto de las acusaciones que se le formulaban; en la prueba del agua, a la persona acusada le era atada la mano derecha del pie izquierdo y arrojada a un estanque de agua profunda, de manera que si flotaba se demostraba su inocencia. Cfr. *Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano*, T. XII, P. 276 y ss.

abandona la idea de llegar a verdades absolutas, y se opta por una aproximación confiable o razonable al conocimiento de esa *verdad*; esta es una noción normativa de verdad y un aspecto fundamental de la lógica del método judicial moderno, pues se parte del supuesto de que, una vez agotado el trámite de manera adecuada, la conclusión a la que llegue el juez debe revestirse políticamente con las presunciones de veracidad y legalidad. Esto implica muchas cosas relevantes. En primer lugar, que al juez no le es exigible que agote la totalidad de las pruebas susceptibles de practicarse para que se forme un juicio acerca de la realidad de lo ocurrido; el primer fin del proceso no es llegar a la verdad, sino aproximarse tanto como sea razonablemente posible, lo que se traduce en hacer el mejor esfuerzo por establecer lo realmente ocurrido. En segundo lugar, que existe un límite temporal para la formación de ese juicio, lo cual significa que el legislador es consciente de que siempre es posible que subsistan divergencias acerca de lo decidido por el Juez, pero tiene que haber un punto de culminación de la discusión, razón por la cual el concepto operativo de *verdad* que se emplea en un proceso judicial tiene que ser, necesariamente, un concepto normativo: la *verdad* es aquello que concluye el juez una vez agotado en debida forma el correspondiente proceso. En tercer lugar, que los errores son posibles, razón por la cual el método debe prever "filtros" —como es el caso de los recursos— que reduzcan al máximo razonable esa probabilidad de error y, además, mecanismos de corrección en el evento de que se verifique efectivamente la existencia de un error, como es el caso en Colombia de la acción de revisión. Y en cuarto lugar, que la confiabilidad de las decisiones judiciales depende fundamentalmente del adecuado desarrollo del proceso¹⁰. A diferencia de los métodos propios de las ciencias naturales que admiten ordinariamente corroboración empírica posterior respecto de los resultados, los métodos propios de las ciencias sociales no son susceptibles de tal verificación, razón por la cual la única manera de hacer confiables los resultados es a través de un riguroso apego al método¹¹.

¹⁰ Es conocido el debate acerca de la legitimación de decisiones a través de procedimientos en el que han intervenido, entre otros, Habermas y Luhman. Al respecto ver N. Luhman: *Legitimation durch Verfahren* (Legitimación a través de los procedimientos) Suhrkamp, Frankfurt, 1983; J. Habermas: "Aclaraciones a la Ética del Discurso", Trotta, Madrid, 2000 y *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

¹¹ Nuevamente un par de ejemplos sencillos permite aclarar estas afirmaciones. a) Quien se aventura a la preparación de una receta de cocina debe seguir los pasos pertinentes —método—, lo cual implica emplear los ingredientes adecuados en las cantidades correspondientes, mezclarlos

De otra parte, y a diferencia de la lógica del método medieval y del inquisitivo, en un proceso penal contemporáneo no puede llegarse de cualquier manera a la finalidad de establecer la *verdad*. A partir del surgimiento del Estado de Derecho y del reconocimiento a las personas de derechos inalienables, el ser humano no puede —al menos en teoría— ser instrumentalizado para el logro de ningún fin estatal; en otras palabras, una mal entendida eficacia de la administración de justicia no puede convertirse en justificación de actuaciones violatorias de derechos fundamentales. Este, aunque parezca extraño a algunas personas, ha sido uno de los aspectos de más difícil asimilación en la administración de justicia. La gravedad de ciertos hechos, el afán de impedir la impunidad a toda costa, y razones más pueriles, suelen servir de argumentos legitimadores de inconfesables conductas por parte de servidores judiciales que seguramente no son conscientes de estar obrando conforme a la lógica que caracterizó la justicia medieval e inquisidora.

A través de la práctica de pruebas se avanza en dirección de establecer la *verdad*. En los modelos procesales vigentes hasta el momento en Colombia se ha admitido, sin margen a controversias, que es deber del Estado, a través de sus funcionarios judiciales, velar por establecer una *verdad material*, noción que se confronta a la de *verdad formal*, admitida sin mayores reticencias en otras ramas del derecho y conforme a la cual y como derivación del llamado *principio dispositivo*, cada parte tiene la carga de demostrar lo que conviene a sus intereses, razón por la cual el juez para preservar su imparcialidad, debe abstenerse de intervenir oficiosamente en materia probatoria. A diferencia de los anteriores estatutos procesales penales, la nueva legislación, sin embargo, preceptúa de manera categórica que: "En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio"¹². En apariencia, el concepto normativo de verdad que desarrollaría la ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal, sería una *verdad*

en un orden específico, etc. El producto final debe corresponder a lo pretendido (fin). Pero si subsisten dudas, puede probarse —verificación empírica posterior— si lo que finalmente se obtuvo corresponde o no a lo que pretendía prepararse; b) Un historiador puede llegar a ciertas conclusiones acerca de hechos acontecidos hace cientos de años, como producto de una investigación. Pero el resultado de la misma no es susceptible de verificación empírica; la confiabilidad de las conclusiones, en tal caso, depende de la seriedad del método seleccionado para adelantar la investigación y del rigor con que el mismo se haya desarrollado.

¹² Art. 361. Prohibición de pruebas de oficio.

formal, radicalmente adscrita al principio dispositivo y próxima al esquema teórico de los procesos de ascendencia anglosajona; sin embargo, es necesario destacar que a pesar de la existencia de un precepto de perfiles tan categóricos, esa prohibición de ordenar la práctica de pruebas de oficio parece reñir con postulados constitucionales, aspecto que se retomará adelante al tratar las diferencias entre los esquemas acusatorios de tendencia continental-europea y los anglosajones.

Por el momento es pertinente destacar las diferencias teóricas entre un proceso que acoge una concepción formal de verdad, y uno que acoge una concepción material. Si el concepto de verdad que se acoge es formal, en materia probatoria al Juez le corresponde: a) desde la perspectiva del debido proceso, exigir el cumplimiento riguroso de las reglas que atañen al descubrimiento de las pruebas y la exclusión de pruebas ilícitas; b) desde la perspectiva del derecho de defensa, garantizar al imputado adecuadas oportunidades de contradicción. En este contexto teórico el proceso penal se rige por parámetros idénticos a los de un proceso civil, en el que la relación jurídico-procesal se traba exclusivamente entre partes antagónicas (esquema denominado por algunos *adversarial*) que comparecen ante el juez en pie de igualdad y en el que la carga de diligencia de las partes les lleva a asumir las consecuencias negativas de su actuar negligente. No importa qué tan evidente sea que una persona sea inocente o culpable, lo que importa es lo que formalmente llegaron a demostrar las partes en conflicto, en este caso acusador y acusado.

77

Por el contrario, si el concepto de verdad que se adopta es el material, al juez, como máximo garante de la legalidad, no solo le incumbe controlar el acatamiento formal de las reglas de aducción, práctica y controversia probatoria, sino, además, velar por que su conocimiento de *la verdad* (y por esta vía el conocimiento que de la verdad puedan tener las víctimas, el procesado y la sociedad en general) sea el que corresponda al mejor esfuerzo posible. Dentro de esta lógica, el juez no solo puede, de manera excepcional, decretar oficiosamente la práctica de pruebas, sino que también puede y debe anular las actuaciones en las que se omite la práctica de pruebas relevantes (principio de investigación integral) y da aplicación al principio *in dubio pro reo* solo cuando subsisten dudas no susceptibles de resolverse de manera razonable, es decir, a través de la práctica de pruebas.

Existe, finalmente, una diferencia adicional entre la lógica del método procesal aplicado en Colombia hasta la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004. En los códigos de procedimiento penal que van de los años 1987 a 2000, desde el punto de vista probatorio, es decir, en lo que tiene que ver con la finalidad de descubrir la verdad o aproximarse razonablemente a ella, se desarrollaba una escala progresiva que partía de la incertidumbre al momento de proferirse la apertura formal del proceso, y debía avanzar en dirección de la certeza, propia de la sentencia. En el recorrido se fijaban puntos intermedios de convicción como condición para proseguir con el trámite¹³.

78

En el esquema planteado en la ley 906 de 2004, muy sensatamente se evita la formación de juicios graduales y anticipados de responsabilidad, como ocurría en las legislaciones anteriores. Ni para imponer medida de aseguramiento, ni para hacer el tránsito de la investigación al juzgamiento, se exigen juicios anticipados de posible o presunta responsabilidad, con lo cual se hace un aporte importante en el robustecimiento de la imparcialidad del juzgador. En efecto: en los estatutos anteriores a la ley 906 de 2004 se quiso implementar un esquema progresivo de formación del juicio de responsabilidad que trajo como nefasta consecuencia la contaminación del rol esencialmente imparcial que debe caracterizar al juez, dado que al llegar a sus manos el proceso, la recaudación probatoria no solo estaba prácticamente agotada en la mayor parte de los casos, sino que las decisiones relativas a la procedencia de medida de aseguramiento o afectación de bienes, y especialmente la acusación, ya entrañaban un juicio de responsabilidad emanado de autoridades judiciales, difícil de desatender.

En el nuevo estatuto, al evaluarse la procedencia de medidas de aseguramiento y cautelares, la atención no se centra en la prueba de posible responsabilidad, sino en la necesidad de tales medidas con fundamento en criterios claramente establecidos, distintos de una presunta responsabilidad del imputado o acusado. Y, a diferencia de otros países que facultan al juez para hacer una valoración de fondo sobre el mérito para iniciar el juicio oral, en Colombia solo se prevén requisitos de carácter formal (arts. 337 y 339 Ley

¹³ En los Códigos de 1987 y 1991, para imponer medida de aseguramiento se exigía como mínimo un indicio grave o cualquier otra prueba confiable sobre la presunta responsabilidad del procesado, mientras que para dictar resolución de acusación los requisitos probatorios se hacían más exigentes, al hablarse de pluralidad de indicios graves de responsabilidad.

906 de 2004), que no comprometen un criterio anticipado del juez sobre la presunta responsabilidad del acusado. En este aspecto deben ser particularmente cuidadosos los funcionarios judiciales, especialmente los jueces de control de garantías al imponer medidas de aseguramiento o abstenerse de hacerlo, y los jueces de conocimiento al dirigir la audiencia de formulación de cargos, pues en ningún caso les corresponde pronunciarse sobre la probable responsabilidad o irresponsabilidad de los imputados. Adecuados criterios de argumentación en general y de argumentación judicial en particular, permitirán la toma de decisiones sin que se caiga en valoraciones anticipadas de responsabilidad que únicamente le corresponde hacerlas al juez de conocimiento durante el juicio oral.

3. Ubicación teórica del nuevo procedimiento penal colombiano

79

Durante las discusiones de los proyectos que culminaron con la promulgación de la ley 906 de 2004 una parte del debate se centró en si debía acogerse el esquema acusatorio "puro", o si, por el contrario, debía optarse por una variante "a la colombiana"¹⁴.

La presentación misma de la controversia evidencia graves errores conceptuales que es preciso mencionar. No existe en realidad algo que pueda denominarse *sistema acusatorio puro*. Lo *acusatorio* es una categoría desarrollada por la doctrina, específicamente como calidad derivada del cumplimiento del *principio acusatorio*, también de creación doctrinal y de contornos más bien ambiguos, pero que se concreta, ordinariamente, en la existencia de dos partes antagónicas (un acusador y un acusado) y un tercero imparcial (el juez) que decide entre los dos extremos, con fundamento en pruebas directamente practicadas ante él (principio de inmediación) durante un juicio oral y concentrado. Lo *acusatorio*, en consecuencia, no se refiere a la acusación, pues, paradójicamente, la existencia de acusación no es un elemento válido de contraste entre los modelos procesales acusatorios e inquisitivos, dado que en estos últimos también existe acusación.

¹⁴ Lo razonable es que cada país acoja un esquema procesal que responda a sus necesidades y se ajuste a sus características sociales, políticas, económicas, jurídicas, geográficas, etc. Los desarrollos doctrinarios internacionales deben servir, además de referencia valiosa, para efectos de la cooperación con otros Estados o con organismos internacionales, pero no existe un modelo procesal universal de obligatoria implementación.

Cuando erróneamente se alude a un *sistema acusatorio puro*, en realidad se está haciendo referencia a un modelo procesal de raigambre anglosajona, y más específicamente al de los Estados Unidos. Este mito —el de la existencia de un sistema puro— además de carecer de todo fundamento, induce erradamente a pensar que, precisamente por ser puro, es el mejor y el más aconsejable, lo cual resulta por lo menos discutible¹⁵.

En todo caso, es importante destacar que la ubicación del modelo finalmente acogido en Colombia por la ley 906 de 2004 no corresponde a una veleidad teórica, sino que tiene importantes repercusiones prácticas. No es indiferente, en efecto, si el modelo se aproxima más a la tendencia de los procesos penales de la tradición continental europea, o si sus rasgos fundamentales corresponden al esquema lógico del procedimiento norteamericano. Como se verá adelante, una u otra inclinación va a tener consecuencias significativas en muchos aspectos, razón por la cual se hace necesario, así sea de manera sucinta, hacer mención a algunas de las diferencias entre estos dos modelos teóricos.

a. El modelo de ascendencia norteamericana

El procedimiento penal de ascendencia norteamericana se nutre de múltiples caracteres de la cultura anglosajona, entre los que resulta pertinente mencionar los siguientes:

1. Se rige por patrones ideológicos propios del utilitarismo. El sistema judicial no está sometido a criterios absolutos de legalidad, sino que cuenta con múltiples alternativas que le brindan flexibilidad en la persecución penal; el interés o la conveniencia estatal o social pueden justificar decisiones que en la lógica de los sistemas continentales europeos resultarían incomprensibles¹⁶. La noción conocida entre nosotros como "principio de

¹⁵ En general, el modelo procesal penal que rige en los Estados Unidos responde a varias características sociales, culturales y políticas propias de ese país. Pero además es importante mencionar que, como los sistemas procesales de otros países, ha venido evolucionando, es decir, ha reconocido debilidades o defectos que requieren ajustes progresivos, lo cual evidencia que no es un esquema perfeccionado y absoluto, sino que es un modelo útil dentro de su contexto.

¹⁶ Cfr. E. Hendler: *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 19.

oportunidad"¹⁷, que no es otra cosa que la atribución al ejecutivo de facultades ampliamente discrecionales en el ejercicio de la acción penal, es un ejemplo claro de esta característica.

2. El proceso penal se rige por criterios dispositivos¹⁸, especialmente en aspectos probatorios. Esto supone que el conflicto surgido por la comisión de un delito se concibe como una discusión entre dos partes en pie de igualdad, la acusadora y la acusada, llamada a ser resuelta por un tercero imparcial, el juez, dentro de los límites precisos señalados por aquellos. Una consecuencia inmediata de esta forma de entender el proceso penal es la exclusión de cualquier actuación oficiosa por parte del juez, quien de lo contrario perdería imparcialidad.

3. El proceso, propiamente dicho, se inicia con la formulación de la acusación. Al asimilarse el proceso penal a un proceso contencioso civil, se parte del supuesto de que el escrito de acusación equivale a la demanda que se formula para dar inicio a un proceso civil. Esto significa que antes de la acusación simplemente no hay proceso.

4. El principio democrático se cumple en el proceso penal a través de la participación activa de los ciudadanos en la integración de jurados¹⁹. Aun cuando no es extraña hoy en día en los países del *common law* la existencia de leyes que deban atenderse por los jueces profesionales y por los propios jurados (quienes antes del desarrollo del juicio son sucintamente instruidos sobre algunos tecnicismos jurídicos)²⁰, las decisiones sobre responsabilidad se entienden asumidas por la ciudadanía directamente, razón por la cual, entre otras cosas, no resulta necesaria una motivación explícita de su apego a la legalidad.

¹⁷ Sobre el principio de oportunidad pueden consultarse, en castellano, entre otras, las siguientes obras: C. Roxin: *Derecho Procesal Penal*; V. Berzasa Francos: *Los principios de oportunidad y legalidad en el proceso penal*; L. Ferrajoli: *Derecho y Razón*; J. Montero Aroca: Ob. cit.

¹⁸ Cfr. C. Roxin, ob. cit., pág. 99.

¹⁹ Cfr. K. Tiedemann: *El Derecho Procesal Penal*, en *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, P. 148 y 149.

²⁰ Cfr. E. Hendler, ob. cit., pág. 164.

5. El órgano encargado de impulsar la acción penal (el ministerio público o Fiscalía) hace parte de la rama ejecutiva del poder público y tiene responsabilidades políticas²¹. Una consecuencia directa de esta circunstancia consiste en la dependencia jerárquica que ordinariamente existe entre los distintos niveles de funcionarios del órgano acusador.

b. Los modelos de ascendencia continental-europea

La mayor parte de los sistemas procesales penales de tendencia continental europea se rige por parámetros acusatorios, aunque, si se opta por un análisis a través de métodos de contraste, se advertirán puntuales distinciones con el modelo norteamericano, que se explican por las diferencias de cultura jurídica y política.

82

1. La preponderancia del principio de legalidad como fórmula que garantiza la igualdad de los ciudadanos ante el Estado y reduce al máximo las arbitrariedades²². El principio de reserva legal, según el cual las leyes penales y procesales penales solo deben tener origen en un congreso de elección popular, ubica el cumplimiento del principio democrático en la administración de justicia esencialmente en el momento de la creación de las leyes penales y no en el de la toma de decisiones de responsabilidad. Por esta razón, a pesar de que algunos países de tradición jurídica continental europea han implementado jurados (de conciencia, de derecho, o mixtos), las decisiones sobre responsabilidad penal siempre deben estar explícitamente motivadas, de manera que pueda constatarse el cumplimiento de los presupuestos de legalidad del fallo.

2. En los países de tradición jurídica continental europea, la asimilación del proceso penal con los trámites de esencia dispositiva civil, ordinariamente

²¹ Cfr. E. Hendler, ob. cit., pág. 160.

²² "La motivación de las sentencias es una consecuencia necesaria de la propia función judicial y de su vinculación a la ley, y el derecho constitucional del justiciable a exigirla encuentra su fundamento en que el conocimiento de las razones que conducen al órgano judicial a adoptar sus decisiones constituye instrumento, igualmente necesario, para contrastar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que procedan y, en último término, a oponerse a las decisiones arbitrarias." F. Cordon Moreno: *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, Elcano, 1999, pág. 179.

no ha sido aceptada. El empeño por hacer efectivo el principio de legalidad ha dado lugar a que se reconozcan a los jueces facultades oficiosas durante el trámite del juicio oral²³. Pero además, se desconfía en el supuesto equilibrio del esquema de marcadas características dispositivas, pues no se admite como cierta la supuesta igualdad entre el acusador (un órgano estatal, apoyado en una sólida infraestructura logística y presupuestal y revestido de facultades inalcanzables para un particular) y el acusado (ciudadano común y corriente).

3. Como regla general, los procedimientos acusatorios de tradición continental europea conciben un trámite que consta de dos etapas: investigación y juicio, cada una de ellas atribuida a órganos diferentes²⁴. No es extraña la existencia de sujetos procesales distintos al acusador y el acusado, como la parte civil, porque la radicalización del esquema de confrontación entre extremos opuestos y juez imparcial que dirime la contienda no es una camisa de fuerza.

4. El órgano acusador (ministerio público o Fiscalía) en algunos casos hace parte de la rama judicial; en otros casos hace parte de una rama independiente, y solo en pocas ocasiones se vincula con el poder ejecutivo. Su responsabilidad, en todo caso, es jurídica y vinculada con el principio de legalidad.

5. Los funcionarios judiciales motivan explícitamente sus decisiones, para permitir la verificación de su apego al principio de legalidad. La casación, característica de los países de tradición continental-europea, más que una institución procesal, es un instrumento constitucional que reafirma en los procesos la garantía de los derechos fundamentales y de la legalidad.

Al contrastarse las características del modelo anglosajón y de los modelos continentales-europeos, puede advertirse con claridad que el procedi-

²³ Entre las facultades oficiosas del juez pueden encontrarse, en algunos casos, la de ordenar la práctica de pruebas para asegurar la determinación de la verdad material, y la modificación del *nomen iuris* de la infracción, siempre y cuando se mantenga inalterado el objeto (aspecto fáctico) de la acusación. Cfr. J. Picó i Junoi: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, 1997.

²⁴ Cfr. J. M. Asencio Mellado: *Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*, Madrid, 1991.

miento diseñado en la ley 906 de 2004 se aproxima mucho más a los segundos que al primero. En efecto: los rasgos fundamentales del nuevo proceso penal colombiano son coincidentes con los que caracterizan los procedimientos penales de los países de derecho escrito.

- La preponderancia de la legalidad se hace manifiesta, entre otros, en los artículos 2, 5, 14, 26 y 27 de la ley 906 de 2004. Y no podría ser de otra manera, pues así lo impone normatividad superior que el legislador está obligado a acatar.

Toda la estructura del procedimiento gira en torno del *principio de legalidad*, incluida la aplicación del principio de oportunidad, pues constitucionalmente este quedó sometido en todos los casos a un control de legalidad por parte de los Jueces de Control de Garantías²⁵.

Al mencionarse anteriormente los fines del proceso penal, se hizo alusión entre ellos a la flexibilización de las normas de derecho sustancial. Este fin responde a un imperativo del Estado Social de Derecho, dada su configuración axiológica, que consiste en darles prelación a los intereses sociales por encima de los abstractos intereses estatales, en razón a que el Estado deja de ser un fin en sí mismo, para convertirse en un prestador de servicios a favor de la sociedad y de los individuos que la integran²⁶. En términos más elementales, los valores preponderantes en un modelo de Estado Social de Derecho dejan en claro que el imperio abstracto de la ley debe ceder cuando los intereses sociales así lo exigen; en el caso del derecho penal, la ley sustancial debe tener la posibilidad de flexibilizar su rigor cuando el interés social resulte prioritario

²⁵ Así lo dispone explícitamente el artículo 250 de la Constitución Política (art. 2° del Acto Legislativo 03 de 2002): "La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del que ejerza funciones de juez de control de garantías. (...)."

²⁶ Por esta razón, los mecanismos de flexibilización no son exclusivos de los procesos de origen anglosajón, sino que más bien son una consecuencia de la evolución de los distintos modelos de Estado.

y para ello el proceso penal debe contemplar mecanismos encaminados a tal fin.

Como puede verse, la existencia de mecanismos procesales de flexibilización de la ley sustancial no es en realidad una innovación, ni es una consecuencia de la reforma constitucional del año 2002. Desde el año 1991, en virtud de la expedición de la Constitución Política hoy vigente en Colombia, debió reformarse la legislación procesal penal, como en efecto ocurrió, para ajustarla a la nueva normatividad superior. Y entre las instituciones novedosas contempladas en dicho estatuto se encontraban mecanismos de flexibilización tales como la sentencia anticipada, las audiencias especiales –espacios de negociación con el procesado–, los beneficios por colaboración con la justicia, etc. Todos estos institutos responden a una misma lógica, que no es otra que la de otorgarle facultades al funcionario judicial para hacer efectiva la prelación del interés social sobre el abstracto interés estatal. La rigidez de las normas de derecho sustancial cede cuando el interés social así lo exige, pero desde luego, no al capricho del funcionario de turno, sino conforme a criterios reglados. Por ejemplo, cuando se faculta la reducción de un porcentaje de la pena prevista en una norma de derecho sustancial si el procesado admite espontáneamente su responsabilidad (reduciendo así no solo la duración del proceso, sino sus costos en todo sentido para el Estado), lo que se está haciendo es reconocer que el beneficio percibido por la sociedad en virtud de la descongestión del sistema judicial justifica una reducción proporcional de las penas, pues lo contrario –insistir tercamente en la aplicación estricta de la ley sustancial– desatendería la escala de valores acogida por la Constitución. Idéntico razonamiento puede extenderse a los demás mecanismos de flexibilización, que no son (ni pueden entenderse como) beneficios unilaterales a favor de los procesados, sino contraprestaciones proporcionadas al beneficio que su actitud de colaboración reporta a la sociedad.

Una apreciación constitucional de los mecanismos de flexibilización permite, en consecuencia, concluir que el llamado principio de oportunidad –por lo menos en la mayor parte de sus manifestaciones– no es una novedad en el derecho procesal penal colombiano y, además, que no puede entenderse como una institución jurídica importada de ordenamientos ajenos, sino que responde simplemente a un cambio de nomenclatura de herramientas jurídicas que han estado presentes en nuestra legislación desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y que en nada desvirtúa la prelación

del principio de legalidad. Esto significa que los mecanismos de flexibilización en Colombia no se rigen por los parámetros teóricos de los países de donde supuestamente se importaron, sino que necesariamente deben ser compatibles con el contexto normativo nacional. Más que una excepción al principio de legalidad, lo que caracteriza a instituciones tales como las hipótesis de aplicación del principio de oportunidad, las negociaciones con los procesados, etc., es la consagración de márgenes de discrecionalidad reglada.

- Tampoco acoge la ley 906 de 2004 la asimilación que hace el derecho anglosajón de los procesos penales con los procesos contenciosos civiles. Desde un punto de vista formal, esto se evidencia al darse por entendido que el proceso penal se inicia con la formulación de la imputación²⁷, lo cual coincide con preceptos constitucionales que hacen expresa referencia a las etapas procesales de investigación y juzgamiento.

Pero además de las razones formales, desde el punto de vista de los contenidos y las características de los procedimientos también hay importantes diferencias entre los esquemas acusatorios continentales y los anglosajones. Se mencionó atrás que una de esas diferencias tiene que ver con las facultades de actuación oficiosa del juez en los esquemas continentales, que si bien son reducidas y excepcionales, para no convertirlo en un sujeto parcializado, tampoco son inexistentes como es lo característico del contexto anglosajón.

En Colombia, el tenor literal de la ley 906 de 2004 podría hacer pensar que en este sentido la nueva legislación se asemeja más a los procedimientos anglosajones que a los continentales, pero nuevamente es necesario insistir en que el punto de referencia para llegar a una conclusión de esta naturaleza no pueden ser simplemente las reglas del estatuto procesal, sino que debe mirarse también hacia el bloque de constitucionalidad. En este sentido, si se restringen por completo las facultades del juez para, por ejemplo, ordenar excepcionalmente la práctica de pruebas de manera oficiosa, se estaría negando al Estado la posibilidad de que a través de su órgano jurisdiccional cumpla con imperativos tales como los de aproximarse suficientemente al conocimiento de la verdad y hacer justicia material, así como la garantía de los derechos

²⁷ Así se desprende, entre otros, de los artículos 6, 7, 24, 70, 85, 118, 126, 153, 154, 155, 175, 267, 268, 286, 287, 290, 292, etc. de la ley 906 de 2004.

fundamentales de las víctimas y los procesados, que podrían quedar en entredicho en numerosos casos.

Al plantear que la estructura dogmática de la Constitución colombiana exige de los jueces penales un papel mucho más activo en defensa de la legalidad y de la garantía de derechos fundamentales que lo aparentemente enunciado en el articulado de la ley 906 de 2004²⁸, no se está sugiriendo el retorno a inconvenientes costumbres derivadas de legislaciones derogadas, conforme a las cuales desde el comienzo del juicio se hacía evidente en muchos casos el sesgo del juez. De lo que se trata es de privilegiar la eficacia de valores y principios superiores, recogidos en el título preliminar, sobre las reglas de procedimiento, tal y como lo ordena el artículo 26 de la misma ley 906; solo de manera excepcional²⁹ y cuando las circunstancias hagan evidente una posible injusticia material, el juez debe proceder a ordenar la práctica de pruebas para mejor proveer. De esta manera, respeta la autonomía de los extremos en conflicto, se forma un juicio independiente e imparcial, pero a la vez actúa conforme se lo exige el bloque de constitucionalidad.

87

En lo que tiene que ver con la pretendida igualdad de las partes (acusador y acusado), existen muchos aspectos que denotan un distanciamiento de la ley 906 de 2002 respecto a este planteamiento característicamente anglosajón. Como punto de partida es necesario destacar que el *in dubio pro reo* quiebra por completo el supuesto estado de igualdad entre el ente oficial acusador y el ciudadano acusado. También se desvirtúa esa igualdad—inexistente en la realidad—en lo referente al descubrimiento de pruebas, pues mientras el Fiscal está en la obligación de revelar todo aquello que pueda favorecer al procesado y que haya recaudado en su investigación, el acusado, por obvias razones, no tiene un deber equivalente. A todo esto se suman las garantías del

²⁸ El artículo 361 preceptúa: "Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio."

²⁹ El Código faculta, también excepcionalmente, que intervenga el juez en desarrollo del interrogatorio a los testigos para exigirles que precisen sus declaraciones o que den respuesta a lo que se les está preguntando (art. 397). Pero además se le faculta para que una vez terminado el interrogatorio de las partes, pueda él también formular las preguntas "complementarias para el cabal entendimiento del caso.". Ninguna diferencia esencial existe entre ordenar la práctica de pruebas oficiosas, y poder interrogar por su propia cuenta a los testigos, pues en ambos casos la conducta del juez no está direccionada a inclinarse a favor de ninguno de los sujetos procesales, sino estrictamente a hacer justicia material.

derecho de defensa, que como lo sostiene Bettiol, no son una especie del género "garantías del debido proceso", sino que tienen una naturaleza y alcance diferente. Las garantías del derecho de defensa, entendidas en sentido técnico penal, emanan del *ius libertatis* y no del *ius puniendi*, como las garantías del debido proceso; además, a diferencia de estas, las garantías del derecho de defensa no se asimilan a derechos subjetivos, sino a derechos de la personalidad, circunstancia que marca sustanciales diferencias en los contenidos y alcances de unas y otras garantías³⁰. Por esta razón, más que compensar los desequilibrios evidentes entre acusador y acusado, las garantías del derecho de defensa reflejan ese desequilibrio y exigen del órgano judicial un tratamiento acorde a la situación de manifiesta desventaja que afronta el procesado.

88

En resumen, solo en apariencia el nuevo Código de Procedimiento Penal reconoce a acusador y a acusado la condición de partes iguales dentro de un trámite radicalmente marcadamente dispositivo, pues en realidad reconoce el desequilibrio evidente entre uno y otro y dispone mecanismos para la salvaguarda del más débil. Y además, si esta misma situación –la desventaja– se genera eventualmente respecto de las víctimas, también tiene el juez el deber de velar por la garantía efectiva de sus derechos.

- La Fiscalía colombiana continuó adscrita a la Rama Judicial del Poder Público, lo cual sólo marca una diferencia formal con la tradición anglosajona. Lo importante en este aspecto es que las responsabilidades de los funcionarios de la Fiscalía General en relación con el ejercicio de la acción penal no es política, como suele ser en los sistemas penales del *common law*, sino jurídica, lo cual conduce nuevamente a la reafirmación del principio de legalidad.

³⁰ No es este el contexto adecuado para detallar las diferencias teóricas entre los conceptos de debido proceso y derecho de defensa en sentido técnico-penal. Baste, para hacer claridad, mencionar que mientras la asimilación a derechos subjetivos de las garantías del debido proceso permite la convalidación de las irregularidades que las afecten, la asimilación a derechos de la personalidad de las garantías del derecho de defensa (en sentido estricto) las hace intangibles. Esta diferenciación conceptual facilita, en el plano práctico, el manejo de la temática de las nulidades, simplificando el análisis y reduciendo las hipótesis de invalidación de los trámites procesales.

Lo relativo a la naturaleza del órgano investigador y acusador es importante no solo en relación con el principio de oportunidad, sino respecto de todas las funciones y facultades asignadas a los fiscales. Dentro de ellas, es claro que la facultad de negociación con el procesado no implica una atribución de discrecionalidad ilimitada, ni mucho menos una puerta de escape a los controles a los que está sometido el ejercicio del *principio de oportunidad*, sino que en tales eventos el principio de legalidad también es un referente obligatorio.

En lo que tiene que ver con los hechos, el deber de investigar y perseguir el delito, contenido en el artículo 150 de la Constitución Nacional, lleva a concluir que solo es posible la negociación respecto de aquellos hechos que entrañen duda probatoria³¹, pues de lo contrario, es decir, si los medios de convicción inequívocamente indican la existencia y tipicidad de una conducta punible, sobre tales tópicos no debe existir facultad de negociación, restando exclusivamente la posibilidad de que el procesado reconozca su responsabilidad para reducir la pena en las proporciones determinadas legalmente según la etapa del proceso en que lo haga.

Y en lo que atañe a la denominación jurídica de esos hechos, tampoco parece acertado entender que el fiscal, a pesar de estar demostrada una determinada configuración típica, cuente con amplias facultades para negociarla con el procesado. El principio de legalidad, por constituir una garantía de la libertad general de acción, impone un marco de referencia mucho más restringido para el fiscal como, por ejemplo, el contexto de tipos penales afines respecto de los cuales puedan existir divergencias interpretativas sobre su adecuación.³²

³¹ La posibilidad de negociación supone, en consecuencia, el ejercicio de una facultad discrecional muy reducida, pues si frente a un determinado hecho existen elementos de convicción demostrativos de responsabilidad penal, el principio de legalidad impediría cualquier forma de negociación. En este sentido recobran pertinencia los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con la audiencia especial contemplada por el Código de Procedimiento Penal de 1991.

³² Algunos ejemplos deben ayudar a clarificar este tema: a) Si la conducta investigada admite discusión sobre su adecuación a los tipos de hurto y abuso de confianza, la negociación puede versar sobre la aplicación, a solicitud de la Fiscalía, de la más benévola al imputado; b) Si existen márgenes razonables de discusión sobre la configuración de un concurso de conductas punibles y un delito masa o un delito continuado, sobre estos tópicos también podría existir negociación; c) Lo mismo puede predicarse de los eventos de consunción como mecanismo de exclusión de concurso de conductas punibles.

La discusión acerca de si puede el Fiscal disponer o no libremente de la denominación jurídica de los hechos guarda estrecha relación, en efecto, con cuestiones sensibles del principio de legalidad y tiene no pocas repercusiones prácticas. En un contexto teórico de disponibilidad política de la acción penal, la denominación que se atribuya a los hechos por parte del órgano acusador solo constituye un límite máximo dentro del cual puede ejercerse legítimamente la persecución penal, permitiendo un margen de movilidad muy amplio que responde a razones de conveniencia evaluadas por un órgano de naturaleza esencialmente política. Por el contrario, tratándose de un contexto teórico más estrechamente cercano al principio de legalidad, los márgenes de discrecionalidad del órgano acusador se reducen debido a que la denominación jurídica pertinente no corresponde a un límite máximo, sino a un imperativo que solo puede exceptuarse en hipótesis regladas. Si los hechos demostrados corresponden claramente, por ejemplo, a un delito de tentativa de homicidio, no podría el Fiscal denominarlos caprichosamente como lesiones personales so pretexto de haber llegado a un acuerdo con el procesado.

Pero tal vez el aspecto más relevante en lo que tiene que ver con este tema es el relativo a si la acusación puede limitarse exclusivamente a contenidos fácticos, o resulta necesaria también una determinación provisional sobre la denominación jurídica. El tenor literal del artículo 337 de la ley 906 de 2004 puede llevar a pensar, equivocadamente —en nuestro criterio—, que en el escrito de acusación puede prescindirse de toda referencia a la denominación jurídica de la presunta infracción, dado que entre los requisitos formales del escrito de acusación no se incluyó la necesidad de realizar una calificación jurídica provisional. Pero nuevamente la lógica del sistema induce a pensar que una acusación exclusivamente fáctica riñe con el bloque de constitucionalidad, pues, además de dificultar el ejercicio del derecho de defensa, permitiría el ejercicio perverso de la acción penal respecto de hechos que carezcan de connotación criminal.

La puesta en marcha del aparato represivo penal no solo genera consecuencias nocivas cuando se profiere una sentencia condenatoria; durante todo el trámite, así no existan medidas cautelares, se afectan en mayor o menor medida derechos fundamentales, como la intimidad, el buen nombre, etc. En efecto, las facultades de indagación e investigación solo se justifican en cuanto exista una creencia fundada de que ha ocurrido un hecho que está contemplado en la legislación penal como delito; en ejercicio de tales facultades, el órga-

no investigador puede inmiscuirse en información que en otras circunstancias haría parte de la intimidad impenetrable de las personas. Esto significa que las facultades de indagación e investigación solo pueden ejercitarse respecto de hechos con una determinada relevancia jurídica, que el funcionario está en el deber de identificar; en otras palabras, no se investigan hechos, sino ciertos hechos con relevancia jurídico-penal, por lo que la denominación provisional debe ser imperativa.

No se trata, desde luego, de exigir al Fiscal que haga desde el comienzo de la indagación una calificación jurídica que se convierta en una camisa de fuerza, o que realice un estudio pormenorizado y extenso de categorías dogmáticas. Se trata más bien de una exposición ponderada de la probable adecuación típica de los hechos, de manera que el menoscabo de derechos fundamentales como los anteriormente mencionados pueda entenderse como razonablemente legitimado. Los derechos previstos en los artículos 28, 29 y 30 de la Constitución Política quedarían convertidos en letra muerta si el órgano de persecución de los delitos pudiera actuar indiscriminadamente respecto de cualquier tipo de sucesos; y el ciudadano carecería de elementos para exigir de las autoridades judiciales la tutela de tales derechos si no se entiende que el órgano de investigación y acusación tiene el deber de identificar sucintamente el (los) probable (s) delito (s) por los que se investiga o acusa a una persona.

Ahora bien, anteriormente se hizo referencia, entre los rasgos característicos de los sistemas acusatorios de raigambre continental europea, a la vinculatoriedad apenas relativa que tiene la denominación jurídica que de los hechos se haga en el acto de acusación, para efecto de establecer la congruencia entre la acusación y la sentencia, tema que al referirse en concreto al derecho positivo colombiano exige una mínima ubicación teórica.

Al asimilarse radicalmente los procesos penales y los civiles en los esquemas marcadamente dispositivos de tradición anglosajona, se entiende que la acusación hace las veces de la demanda en un proceso civil. Esto se traduce en que el juez, para preservar su plena imparcialidad, debe pronunciarse exclusivamente sobre lo planteado por las partes enfrentadas, quedándole vedado ir más allá de lo pedido (*extra petita*) por cada uno de ellos, o modificar el sentido de lo pedido (*ultra petita*). En tal contexto, si uno de los requisitos formales de la acusación fuera la determinación del *nomen iuris* de

la presunta infracción, el juez sólo podría absolver o condenar específicamente por el (los) delito (s) mencionado (s) en la acusación. Esta inconveniente situación, sumada a la diferencia sustancial de los modelos políticos y jurídicos anglosajones, explica por qué la congruencia entre la acusación y la sentencia, en tales sistemas, es simplemente fáctica.

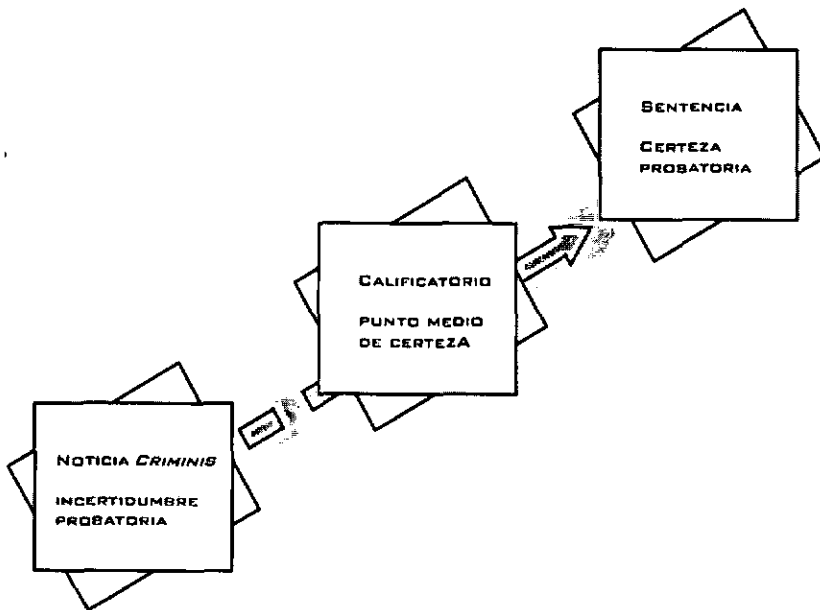
92 Por el contrario, en los esquemas procesales acusatorios de ascendencia continental-europea, se parte del supuesto de que la denominación jurídica de los hechos en la acusación es imprescindible, pero que para efectos de la congruencia solo tiene una vinculatoriedad relativa, lo cual significa que no es rígidamente inmodificable, sino que permite al juez la posibilidad de adaptar los hechos probados a figuras delictivas razonablemente afines a aquella (s) por la (s) que se hizo la acusación. De nuevo se hace evidente que resulta lógica y jurídicamente imposible concebir, dentro de un modelo de tradición continental europea, un juez despojado por completo de facultades oficiosas, porque si el esquema fuera coherente en el sentido de negarle cualquier actuación oficiosa, no podría asignar por su propia cuenta la calificación jurídica de los hechos (en el evento de una congruencia solo fáctica), o la rigidez de la calificación jurídica consignada en la acusación depararía en muchos casos la impunidad (en el evento de una congruencia fáctico-normativa).

En síntesis, el proceso penal colombiano previsto en la ley 906 de 2004 no es de aquellos que se pueden asimilar con procesos contenciosos civiles. Además de contar por lo menos con dos grandes etapas, una de ellas previa a la acusación, también implica el ejercicio de excepcionales facultades oficiosas por parte del juez, tendientes a dar plena vigencia al principio de legalidad, a la mayor aproximación posible al conocimiento de la verdad y al respeto de los derechos fundamentales de todos los intervinientes. El juez es quien determina en últimas la denominación jurídica de los hechos, pero el fiscal tiene el deber de hacer una calificación provisional de los mismos para delimitar el objeto del proceso y para permitir el ejercicio adecuado del derecho de defensa.

4. El esquema metodológico del proceso penal colombiano

Si en algo existe una transformación radical entre los sistemas precedentes y la ley 906 de 2004, es en el esquema metodológico.

Los esquemas anteriores tenían como característica común el avanzar progresivamente desde el comienzo del proceso en dirección de la certeza probatoria. Así, al momento de la *noticia criminis*, existe un nivel de certeza probatoria prácticamente nulo (incertidumbre) y progresivamente debía avanzarse hacia un punto razonable de convicción denominado certeza probatoria. Gráficamente puede pensarse en una línea ascendente que va de la incertidumbre a la certeza, pasando por puntos intermedios correspondientes a la definición de situación jurídica y la calificación del mérito sumarial.



Esquema metodológico básico de los sistemas previos a la ley 906 de 2004

A lo largo de la investigación y el juzgamiento se confrontan las verdades conocidas –tesis– con las alternativas en contrario –antítesis– para llegar a una conclusión final –síntesis–, configurándose una clásica metodología dialéctica. Las pruebas de cargo se confrontan con las de descargo y de esta manera se dan al juez los elementos necesarios para hacer un juicio sobre los distintos extremos que conforman la responsabilidad penal.

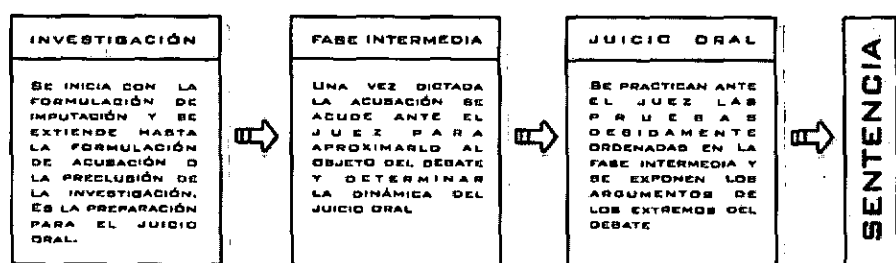
Un esquema de estas características tiene la virtud de ser progresivo y coherente con el propósito de avanzar hacia un grado satisfactorio de conocimiento de la verdad, pero tiene el gran defecto de involucrar al juez y al fiscal en un propósito común, con lo cual se desnaturalizan las funciones de uno y

otro y se genera una especie de solidaridad de cuerpo que compromete de manera indebida la independencia judicial. En efecto, cuando el proceso llega al juez, en los esquemas anteriores a la ley 906, al comenzar el juicio ya existía un recaudo probatorio importante (cuando no completo), con vocación de permanencia y que hacía suponer que hasta ese momento las cosas se inclinaban en contra del procesado, pues teóricamente debía existir un nivel de demostración de la presunta responsabilidad penal bastante elevado para ser procedente la acusación. En la práctica judicial esto se traducía en muchos casos en la aceptación, por parte del juez, de la valoración probatoria proveniente del Fiscal al no practicarse la prueba integralmente en su presencia—principio de inmediación probatoria—. Esta situación llegaba a extremos aberrantes cuando el fiscal había sido extremadamente diligente y había agotado la práctica de pruebas durante la instrucción, con lo cual, además de impedir que el juez se formara su propia convicción derivada del contacto directo con las pruebas, especialmente las testimoniales, anticipaba el juicio de responsabilidad de una manera del todo extraña al principio acusatorio.

El esquema derivado de la ley 906 de 2004 propone básicamente dos fases o etapas procesales principales, con una etapa intermedia o de transición, a saber: a) La primera es una etapa de preparación, en la cual fiscal y procesado (o su defensa en caso de ausencia) son conocedores de la existencia de un proceso y cuentan con un lapso breve para prepararse para un eventual juicio, que deberá llevarse a cabo salvo que se presente alguna forma anticipada de culminación. Es una etapa procesal propiamente dicha porque la actividad de los intervinientes en su desarrollo se regula de manera detallada, su inicio es punto de referencia para la contabilización de dos términos importantes, como son la interrupción de la prescripción de la acción penal y su nueva contabilización, de una parte, y el término de investigación, de otra. b) La segunda etapa suele denominarse en la doctrina foránea como fase de transición³³, en la cual los extremos del debate (acusador y acusado) ya están preparados y se presentan ante el juez para aproximarlos al objeto de la discusión y definir la dinámica de desarrollo del juicio. Las partes descubren los elementos de convicción recaudados durante la investigación, se define cuáles

³³ Debe aclararse que en procedimiento colombiano, esta fase no conlleva valoración por parte del juez sobre la viabilidad o no del juicio, como ocurre en otros sistemas.

de ellos tienen aptitud legal y pertinencia para llevados al juicio, qué temas no requieren discutirse por estar comúnmente aceptados y se dan las últimas oportunidades para que el acusado admita voluntariamente su responsabilidad respecto de los delitos que se le imputan o llegue a un acuerdo con el Fiscal, si es posible. Y c) la tercera etapa corresponde al juicio oral, en el que se practican las pruebas previamente decretadas por el Juez y se exponen los alegatos de los sujetos procesales. Una vez culminadas las tres etapas anteriores, salvo que se haya dado lugar a alguna forma de terminación anticipada, el Juez procede a dictar sentencia.



Esquema metodológico básico de la ley 906 de 2004

Si se contrastan los dos esquemas podrá advertirse que una de las principales características del planteado en la ley 906 de 2004 es el esfuerzo por preservar la independencia del Juez hasta el momento de la práctica de pruebas, durante el cual se forma el juicio, valga decir, realiza el proceso lógico que le permite concluir si los hechos existieron o no, si son típicos y bajo qué modalidad, y, en últimas, si existe o no responsabilidad penal. El esquema básico se complementa con diversas normas que se orientan en esta dirección, como aquellas que disponen el cambio de Juez cuando se ha negado la preclusión de la investigación en la investigación³⁴ y las que ordenan la toma de una decisión inmediata una vez culminado el juicio oral³⁵; lo que se

³⁴ Artículo 335-2: "El Juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio."

³⁵ Artículo 445. *Clausura del debate*. Una vez presentados los alegatos, el juez declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para anunciar el sentido del fallo." Artículo 446: "Contenido. La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso previsto en el artículo anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente."

busca es un conjunto normativo armónico que instrumentalmente sirva para preservar al máximo la independencia del Juez³⁶. El juicio de responsabilidad no se forma progresivamente y de manera compartida entre el Fiscal y el Juez, como en los esquemas precedentes a la ley 906 de 2004, sino que el proceso garantiza a los extremos del debate (acusador y acusado) oportunidades adecuadas de preparación de sus tesis, que serán expuestas al juez junto a las pruebas que las respaldan durante el juicio oral.

96

En este contexto, la posibilidad de absolución perentoria (art. 442) pareciera refirir con el propósito general de excluir cualquier hipótesis que comprometa anticipadamente el juicio sobre posible responsabilidad o ausencia de esta. En efecto, prevé la ley 906 que a solicitud del Fiscal o del Defensor, podrá solicitarse la absolución perentoria cuando sea evidente, a consecuencia de las pruebas practicadas, que los hechos son atípicos; se trata en apariencia de una alternativa sana, en la medida en que no dilata el trámite innecesariamente. Sin embargo, no deja de presentar inconvenientes, entre los cuales se pueden destacar los siguientes. En primer lugar, lo "ostensiblemente atípico" es relativo, pues puede depender de particulares criterios de cada uno de los sujetos procesales. En segundo lugar, no se prevé qué ocurre en el evento de que el Juez no coincida en que se trata de una atipicidad ostensible, en cuyo caso negar la absolución perentoria equivaldría a hacer un pronunciamiento de presunta responsabilidad anticipado, situación en la que, por analogía, debería generarse la causal de impedimento prevista en el numeral 14 del artículo 56 de la ley 906 de 2004. No resulta lógico, en consecuencia, que se permita a los sujetos procesales forzar un pronunciamiento anticipado del funcionario judicial, porque de esta manera se rompe con el esquema metodológico que se encamina a impedir cualquier forma de pronunciamiento de responsabilidad anticipado.

³⁶ En este sentido es importante tener en cuenta que la legislación no puede hacer más que aportar herramientas idóneas para obtener ciertos propósitos, en este caso para garantizar imparcialidad. Pero los preceptos legales terminan por convertirse en letra muerta si no existe una cultura de administración de justicia que rompa con los sesgos generados por los esquemas procesales anteriores y sus desviaciones. Lo anterior implica que, además de una formación teórica solvente, un administrador de justicia requiere sentido de pertenencia a un órgano independiente, alto sentido de la dignidad y de la responsabilidad que le ha sido discernida y disposición (y capacidad) anímica para mantener la ecuanimidad por encima de sus tendencias e inclinaciones personales. Para que el esquema implementado por la ley 906 de 2004 sea operativo, es preciso que el administrador de justicia adquiera conciencia de que el Fiscal, a pesar de ser un servidor público, actúa en el proceso penal como parte o sujeto procesal y, por lo tanto, no hacen una causa común.

Otra característica metodológica de la ley 906 de 2004 consiste en exigir del funcionario judicial decisiones en estrados, como parte del contexto general de oralidad del proceso. Y no se trata simplemente de una formalidad que imprime celeridad a la actuación, sino de un requisito que restringe la posibilidad de intervención de terceros –asistentes judiciales y sustanciadores– en la toma de decisiones y en la práctica de pruebas. Nótese que también se limitó la posibilidad de práctica de pruebas por comisión³⁷, en atención al principio de inmediación probatoria, todo lo cual confluye a exigir del funcionario judicial su intervención directa en la dirección del proceso, en la formación del juicio y en la toma de las decisiones.

Lo anterior, sin embargo, no puede confundirse con la desaparición del requisito de motivación explícita de todos los extremos que conforman la responsabilidad penal o la ausencia de la misma. Al emitir sentencia el Juez no solo afirma que el procesado sea inocente o culpable respecto de cada uno de los cargos que se le imputan, sino que está en el deber de exponer de manera clara y pormenorizada las razones jurídicas y probatorias en que se apoya el fallo, además de dar respuesta a lo solicitado por los sujetos procesales.

Un aspecto formal que puede dar lugar a equívocos es el relativo a si la sentencia es necesariamente oral. Esta, sin lugar a dudas, es una alternativa, pero no parece ser la más aconsejable en cuanto a forma de cumplir los requisitos de motivación atrás mencionados. En realidad hay dos expresiones que no son sinónimas y que pueden dar lugar a confusión. En primer lugar, se habla en los artículos 145 y 146 del nuevo Código de Procedimiento Penal del *sentido del fallo*, con lo cual se alude a si se condena o se absuelve respecto de cada uno de los cargos formulados. Pero posteriormente, dentro de la oportunidad prevista por el artículo 147 –inciso final y parágrafo– el Juez puede proferir la *sentencia*, tanto de absolució como de condena, en un texto escrito que debe ceñirse a los contenidos formales indicados en los artículos 161 y 162 del mismo estatuto. En todo caso, como se indicó atrás, la

³⁷ Las dificultades prácticas para el cabal cumplimiento del principio de inmediación, relativas a factores presupuestales, fueron insistentemente expuestas a lo largo de la discusión del proyecto que culminó con la expedición de la ley 906 de 2004. Se trata en realidad de un precepto que proviene del acto legislativo 03 de 2002 y que, sin embargo, de llegarse a situaciones extremas de parálisis de la justicia, es susceptible de ponderarse.

motivación explícita de las decisiones judiciales es lo que permite el ejercicio de la contradicción a través del trámite de recursos; lo que se recurre no es el sentido de la decisión, sino las razones de orden lógico, jurídico y probatorio en las que se apoya.

5. El desarrollo de las distintas etapas procesales

Visto el contexto teórico y metodológico del proceso penal, tanto en abstracto como en lo relativo específicamente a Colombia, corresponde por último hacer una breve revisión del desarrollo de cada una de las etapas procesales y de las eventualidades que pueden presentarse a lo largo de ellas.

98

a. Etapa de investigación

Se dijo atrás que la investigación en Colombia, conforme a la tradición continental europea y contrario a lo que ocurre en los esquemas anglosajones, es una etapa procesal propiamente dicha, con puntos de referencia de inicio y culminación perfectamente delimitados, y con "reglas del juego" también definidas para la actividad de las partes durante este lapso.

- (1) **El término de instrucción.** De conformidad con el artículo 175 de la ley 906 de 2004, a partir del día siguiente a la formulación de la imputación se inicia el transcurso de un término máximo de 30 días para que se formule acusación, se dé aplicación al principio de oportunidad o se solicite al Juez de conocimiento la preclusión de la investigación. Este término, sin embargo, no es perentorio, dado que si en el lapso aludido el fiscal a cargo de la investigación no se decide por alguna de las tres opciones, pierde la dirección de la investigación, la cual pasa por un periodo idéntico (30 días) a manos de un segundo Fiscal.

Como se recordará, la Corte Constitucional se pronunció acerca de la necesidad de limitar el término de instrucción a propósito del Código de Procedimiento Penal de 1991 (decreto 2700 de ese año), que en su redacción original contemplaba como término de instrucción el mismo término de prescripción de la acción penal. Sostuvo en su momento la Corte Constitucional que no podían confundirse estos dos términos dado que al ponerse en movimiento el

aparato represivo estatal, las personas involucradas adquieren el derecho a que su situación se resuelva dentro de "términos razonables"³⁸, cuyo vencimiento debe traer como consecuencia la consolidación de derechos sustanciales como la imposibilidad de que prosiga la acción. La ley 906 de 2004, acorde al contenido de la jurisprudencia constitucional, delimitó un término de instrucción básico de 30 días contados a partir del día siguiente al de la formulación de la imputación, susceptible de extenderse a un máximo de 60 días cuando el fiscal inicialmente asignado incumpla su deber de tomar alguna de las alternativas ya anotadas. Vencido el término de 60 días sin que formule acusación o se dé aplicación al principio de oportunidad, la única alternativa posible pasa a ser la preclusión de la investigación por configurarse una causal de imposibilidad de proseguirse la acción penal (art. 294 C. de P. P.). Esta regla opera sin consideración al número de imputados, pues no se consagraron excepciones como en las legislaciones anteriores, ni se matizó el principio de unidad procesal.

99

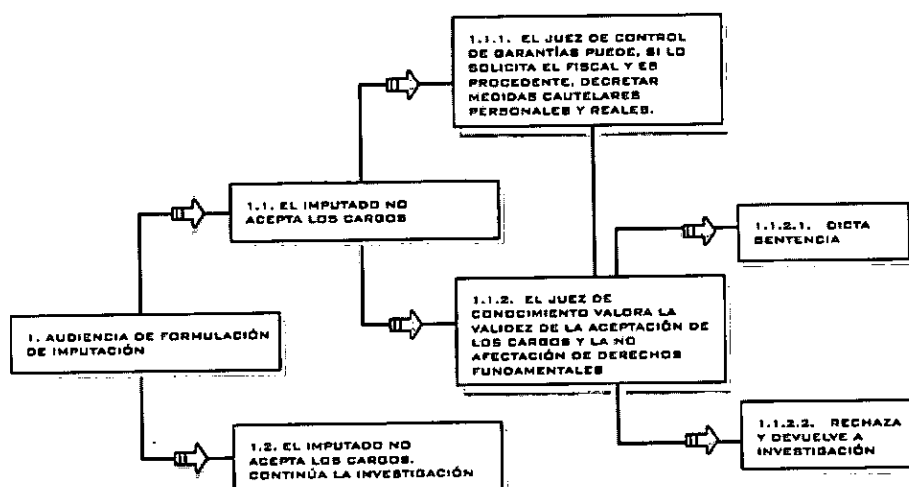
2. **Actividades por cumplir durante la investigación.** Durante la etapa de investigación, el Fiscal y el imputado pueden adelantar labores tendientes a la recopilación de información o elementos materiales probatorios que sean útiles en el juicio oral para los intereses de cada cual.

En lo que respecta al Fiscal, esta labor puede adelantarse indistintamente durante la indagación (etapa preprocesal) o durante la investigación; sin embargo, no puede perderse de vista que la imposición de medidas cautelares reales o personales solo es factible durante la investigación, razón por la cual puede resultar inconveniente no dar inicio formal al proceso cuando se cuenta con razones que permiten suponer, fundadamente, que ha tenido ocurrencia una conducta punible. Los márgenes de discrecionalidad de la Fiscalía en esta materia parecen ser amplios, pero deben ejercerse con extrema prudencia, pues pueden dar lugar a responsabilidades penales y disciplinarias, pues no son facultades de naturaleza política sino jurídica.

- (3) **Desarrollo de la investigación.** Formulada la imputación pueden darse las siguientes hipótesis de desarrollo de la investigación:

³⁸ En extenso sobre este particular D. Pastor: *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.

- **Primera hipótesis:** el imputado acepta integralmente los cargos en la audiencia de formulación de imputación (art. 293 C. de P. P.). En este caso se entiende que la aceptación de los cargos, o el acuerdo al que se llegue con la Fiscalía hace las veces de acusación. El Código no es detallado en cuanto al trámite posterior, pero puede entenderse que si se trata de una aceptación pura y simple de los cargos, el Juez de Conocimiento valora el carácter voluntario, libre y espontáneo de la aceptación y, si no existe violación aparente de derechos fundamentales, puede proceder a dictar sentencia, prescindiendo del juicio oral, y reconociendo las rebajas de pena previstas en las reglas de flexibilización. Si la aceptación de responsabilidad es producto de un acuerdo, la pena a imponer será la que se derive del acuerdo, si es aprobado por el Juez de Conocimiento.
- **Segunda hipótesis:** el imputado no acepta los cargos en la audiencia de formulación de imputación. En este caso, así como cuando el Juez rechaza la aceptación de cargos o el acuerdo, prosigue la investigación hasta completarse un total de 30 días.



- **Tercera hipótesis:** el imputado acepta parcialmente los cargos. Está prevista expresamente en el numeral 3 del art. 53 C. de P. P. como circunstancia generadora de ruptura de la unidad procesal. En este caso, se procede a dictar sentencia (1.1.2.2 en el diagrama de flujo) para los delitos respecto de los cuales se admite responsabilidad, y se prosigue con la investigación (1.2) respecto de los restantes.
- **Cuarta hipótesis:** el fiscal solicita la imposición de medida de aseguramiento. En tal caso acude al Juez de Control de Garantías para que en audiencia preliminar y en presencia por lo menos del Fiscal y el Defensor, decida si es procedente o no la medida solicitada. Los requisitos de procedencia de la medida de aseguramiento son equívocos, pues se hace referencia, en primer lugar, a que "de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado pudo ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga...". En apariencia, se trata de un requisito material consistente en la existencia de fundamentos objetivos de presunta responsabilidad, pero ya se indicó que el nuevo esquema metodológico busca evitar cualquier juicio anticipado de esta índole; cuando se hace referencia a que el imputado pueda ser tenido razonablemente como autor o partícipe del hecho que se investiga, se le está otorgando simplemente la calidad de interviniente en el hecho, sin profundizar en su presunta responsabilidad. Lo anterior permite suponer que el primer requisito no corresponde a un juicio anticipado de responsabilidad, sino a una simple corroboración de la intervención del imputado en el hecho, como eventual autor o partícipe, fundada en elementos de convicción objetivos. El segundo requisito tiene que ver con la necesidad de la medida cautelar, la cual se determina con base en tres criterios que deben acreditarse adecuadamente por parte de la Fiscalía: a) necesidad de evitar que el imputado obstruya la justicia³⁹; b) necesidad de defender a la sociedad del peligro evidente que representa para ella el imputa-

³⁹ El artículo 309 expone criterios generales que permiten suponer que el imputado puede destruir, alterar, ocultar o falsificar elementos de prueba. Lo relevante es que para imponer medida de aseguramiento no es suficiente el planteamiento de una especulación vaga por parte del Fiscal.

do⁴⁰; y c) necesidad de impedir que el imputado se ausente del proceso o evada el cumplimiento de la sentencia; en este último criterio no resulta claro el porqué puede imponerse medida de aseguramiento para garantizar la comparecencia del imputado al proceso, si las reglas sobre su desarrollo no establecen como obligatoria su presencia en ningún caso⁴¹, como no sea en la genérica alusión a los deberes de las partes e intervinientes, contenida en el numeral 6 del artículo 140 C. de P. P.

- **Quinta hipótesis.** El fiscal no solicita la imposición de medida de aseguramiento o el juez de control de garantías no la impone. En este caso la investigación continúa hasta que la Fiscalía opte por alguna de las tres alternativas (solicitar la preclusión de la investigación, dar aplicación al principio de oportunidad o formular acusación. El hecho de no existir medida de aseguramiento no es en ningún caso indicativo de inexistencia de posible responsabilidad penal, pues como ya se anotó, no existen en el proceso juicios anticipados de responsabilidad y las medidas cautelares, tanto reales como personales, solo se disponen para atender propósitos concretos que no se conectan necesariamente con la presunta responsabilidad del imputado o acusado⁴².

sino que deben existir razones serias y fundadas sobre la obstrucción que desarrolla o planea desarrollar el imputado. No puede olvidarse que la protección de la prueba no solo se logra con el aseguramiento del imputado y que la privación de la libertad solo procede cuando no existan mecanismos alternativos razonables para lograr el fin de protección correspondiente.

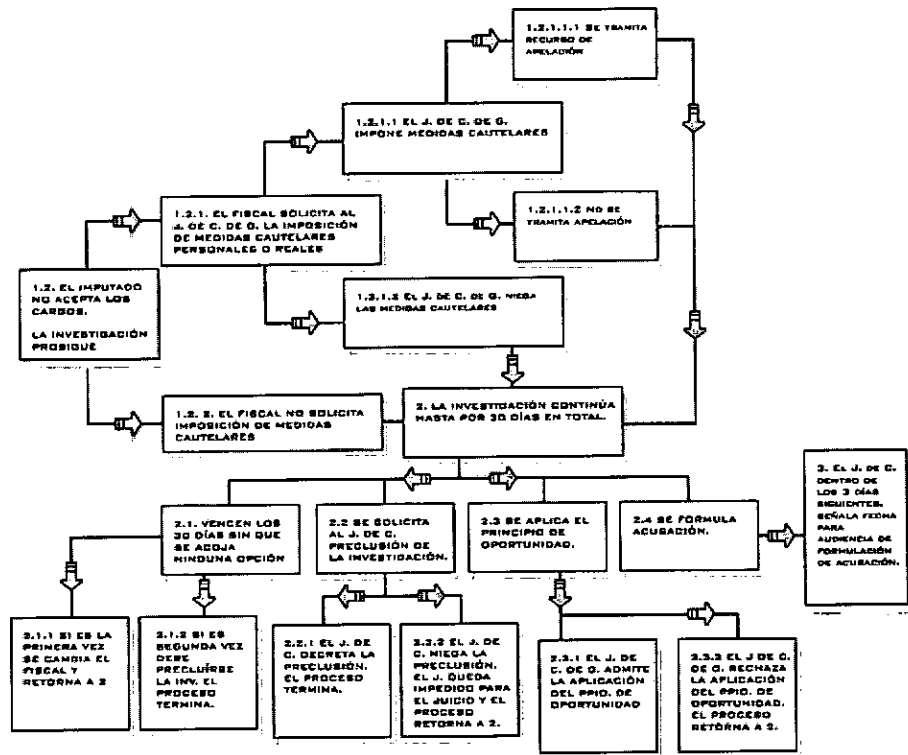
⁴⁰ Es más explícito el Código en relación con los criterios que permiten inferir que el imputado puede colocar en peligro a la comunidad. Pero también es necesario insistir en que el Juez de Control de Garantías debe hacer, en cada caso, un juicio de ponderación que lo lleve a concluir que la medida es realmente útil, necesaria y proporcionada.

⁴¹ La audiencia preliminar de formulación de imputación, según los artículos 289 y 291, se puede llevar a cabo sin la presencia del indiciado; igualmente, solo la presencia del defensor es indispensable para que se lleve a cabo la audiencia preliminar en la que se decide sobre la imposición de medida de aseguramiento, según lo preceptúa el artículo 306; por su parte, el artículo 339 dispone que no es obligatoria la presencia del imputado no privado de la libertad a la audiencia de formulación de acusación, como tampoco lo es la asistencia a la audiencia preparatoria, conforme al tenor del artículo 355. Por último, de conformidad con el artículo 367, tampoco es indispensable la presencia del acusado a la audiencia de juicio oral, por lo que parece incongruente, en principio, que se imponga medida de aseguramiento con la finalidad de asegurar la comparecencia del imputado o acusado a un trámite al que le resulta potestativo concurrir.

⁴² Ver Ma. D. González Ayala: *Las garantías constitucionales de la detención*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

- **Sexta hipótesis.** Se cumplen 30 días sin que el Fiscal opte por alguna de las tres alternativas (formular acusación, solicitar la preclusión o dar aplicación al principio de oportunidad). Si es la primera vez, es relevado de la investigación y la misma continúa por 30 días más a cargo de otro Fiscal. Si nuevamente vence el término, la acción penal no puede proseguirse y el Juez de Conocimiento (J. de C. en los diagramas de flujo) decreta la preclusión de la investigación a solicitud de la defensa o del ministerio público.
- **Séptima hipótesis.** Se formula acusación. Culmina la investigación y se pasa a la fase preparatoria del juicio oral o etapa de transición.
- **Octava hipótesis.** El fiscal solicita preclusión de la investigación al Juez de Conocimiento. Si la admite, el proceso culmina. De lo contrario, la decisión es susceptible de apelación; si es confirmada, el proceso regresa a la culminación del término de 30 días, descontados los que haya tomado el trámite de la solicitud de preclusión. El Juez de Conocimiento (en primera y segunda instancia) queda impedido para actuar en juicio. Si la negativa a conceder la preclusión es revocada, el proceso culmina.
- **Novena hipótesis.** El Fiscal solicita la aplicación del principio de oportunidad. Si la aplicación del principio de oportunidad implica la culminación del proceso, el Código dispone que el Juez de Control de Garantías (J. de C. de G. en los diagramas de flujo), dentro de los 5 días siguientes, realiza una audiencia preliminar especial, escucha a los intervinientes y toma una decisión no susceptible de apelación. Si la decisión de aplicar el principio de oportunidad no culmina el proceso, sino que lo suspende o interrumpe, en principio no hay intervención del Juez de Control de Garantías, aunque es discutible si el legislador puede exceptuar un imperativo constitucional de carácter general; no puede perderse de vista que la decisión de suspender el trámite puede dar lugar a la consolidación de fenómenos como la prescripción de la acción penal, con mayor razón cuando el término correspondiente ya se ha interrumpido con la formulación de la imputación. En estos casos, la suspensión del proceso podría convertirse, si no responde a criterios reales de justicia restaurativa, en mecanismos de evasión del control de legalidad por parte del

Juez de Control de Garantías. Si el Juez de Control de Garantías rechaza la aplicación del principio de oportunidad, el proceso continúa en investigación hasta cumplirse el lapso de 30 días.



b. Etapa de transición

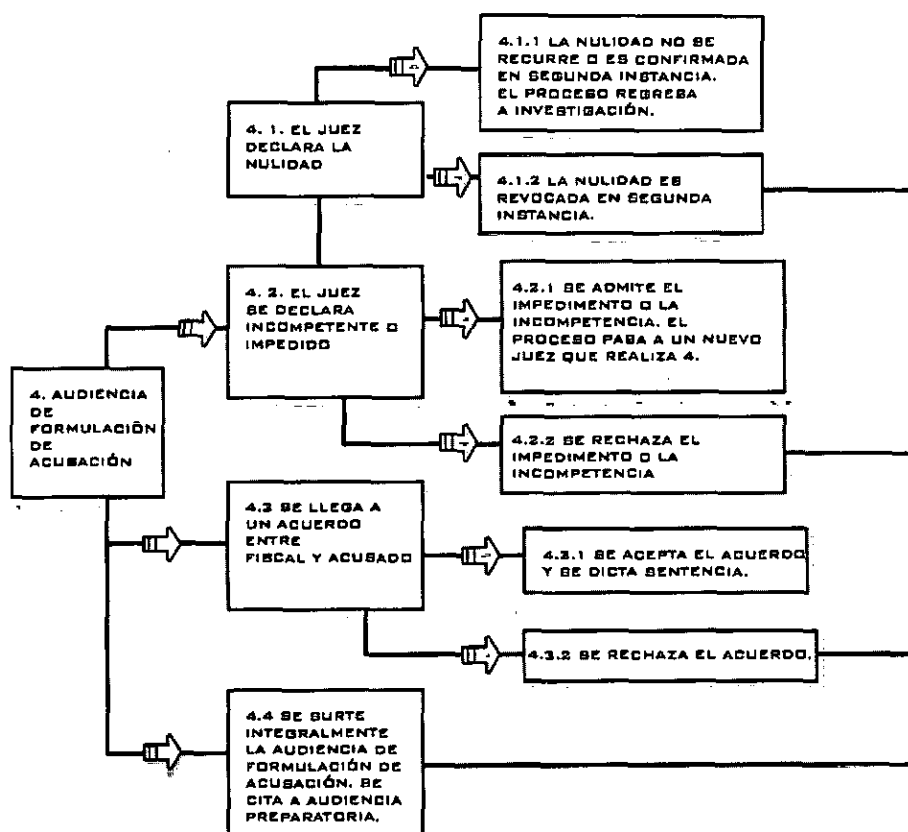
Es una fase secundaria del proceso, si se parte del supuesto de que las dos etapas principales son la investigación y el juicio oral; su razón de ser consiste en dar orden a los presupuestos necesarios para el desenvolvimiento ágil del juicio oral. En este sentido la etapa de transición permite delimitar los temas por debatirse en el juicio oral, las pruebas que deban practicarse y constituye una oportunidad adicional para que el imputado (ahora acusado) opte por el reconocimiento espontáneo de su responsabilidad y acepte los cargos o llegue a un acuerdo con el Fiscal. En síntesis, lo que se pretende con la etapa de transición es que durante el juicio oral no deban resolverse temas pendientes como la legalidad de las pruebas por practicar. Todas las cuestio-

nes distintas de la presentación del caso, la práctica de pruebas y la exposición de los alegatos finales son ajenas al juicio oral y deben resolverse de manera anticipada en la fase de transición.

1. Audiencia de Formulación de Acusación. Tiene varios propósitos, a saber:

- Permite al Juez de conocimiento hacer un control formal, nunca material, sobre el cumplimiento de los requisitos del escrito de formulación de acusación. En caso de existir deficiencias, ordenará al Fiscal su corrección inmediata. No le compete al Juez de Conocimiento pronunciarse sobre la procedencia material de la acusación, porque, se insiste, no debe en ningún caso anticipar juicios de responsabilidad en ningún sentido.
- Permite resolver cuestiones de competencia, impedimentos y eventuales nulidades generadas durante la investigación. Sería inconveniente dar lugar a trámites posteriores si es necesario invalidar lo ya transcurrido o si concurren causales de impedimento o incompetencia.
- Permite el reconocimiento formal de las víctimas en el proceso y el reconocimiento de su personería en el evento de que deseen constituirse como intervinientes en el mismo. Si varias víctimas, en número superior al de los defensores, se constituyen en intervinientes en el proceso, el Juez debe determinar cuáles de ellas, en número igual al de defensores, pueden actuar en el juicio oral.
- Permite adoptar medidas de protección a las víctimas, que deben ser útiles, necesarias y proporcionadas.
- Constituye una nueva oportunidad para que Fiscal y acusado lleguen a acuerdos.
- Permite citar, si es del caso, a audiencia preparatoria.

2. Audiencia preparatoria. Tiene por finalidades fundamentales, de una parte, la toma de decisiones relativas a las pruebas que se ha-



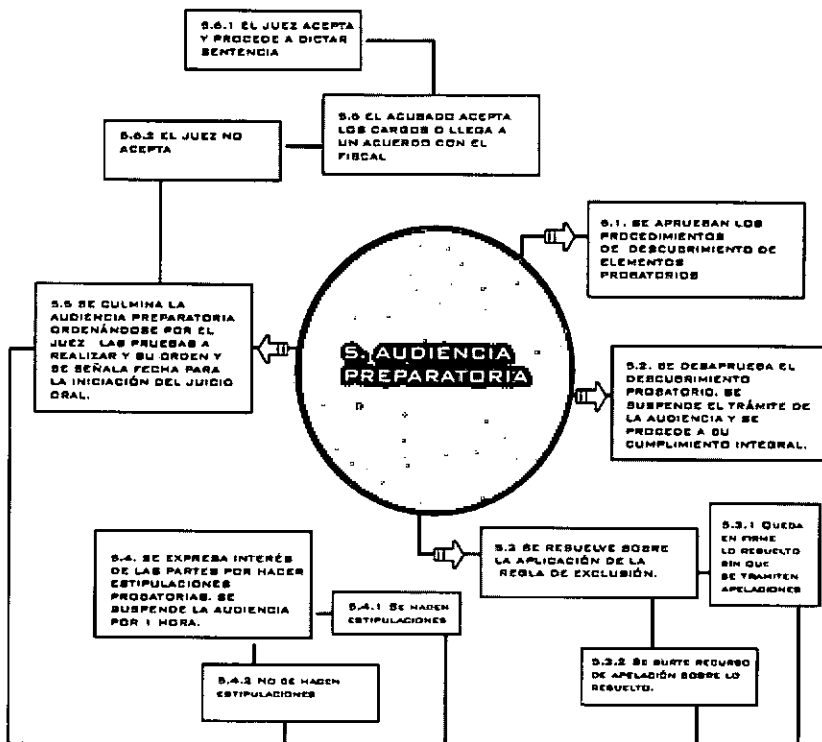
brán valer en el juicio oral y su orden, y, de otra, el señalamiento de fecha para la iniciación del juicio oral; pero constituye, además, una oportunidad adicional para que el acusado acepte los cargos o llegue a un acuerdo con el Fiscal sobre los mismos, en cuyo caso, si hay aprobación del Juez, se procede directamente a dictar sentencia, obviando el juicio oral. En lo relacionado con las pruebas se pueden presentar las siguientes hipótesis:

- Que acusador y acusado hagan sus observaciones sobre el descubrimiento de los medios probatorios recaudados durante la investigación y sobre la culminación de tal procedimiento por fuera de la audiencia de formulación de acusación. En caso de haberse cumplido de manera adecuada el procedimiento de descubrimiento, cada parte solicitará al juez las pruebas que pretende que se tengan como tales o se practiquen en el juicio oral, las cuales serán decretadas si son pertinentes (idóneas tácticamente para acreditar un determina-

do hecho). Si el procedimiento no se ha culminado satisfactoriamente debe suspenderse la audiencia durante un lapso mínimo y razonable para que se surta tal actuación.

- Que las partes o el Ministerio Público soliciten la aplicación de la regla de exclusión de medios probatorios⁴³. El juez tomará en cada caso la decisión pertinente, susceptible de recurso de apelación, evento en el cual la audiencia se suspenderá hasta que se produzca la decisión de segunda instancia.
- Que las partes acuerden no debatir sobre hechos que de común acuerdo se entienden probados (estipulaciones probatorias). Para el efecto la audiencia se suspende por el lapso de una hora, a fin de que el Fiscal y la defensa adelanten las conversaciones del caso.

107



⁴³ Ver sobre el particular M. Miranda Estrampes: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2003.

c. Juicio oral

Tiene el propósito exclusivo de escuchar la presentación del caso que haga el Fiscal y los restantes intervinientes si lo desean, se practiquen las pruebas ordenadas previamente y se escuchen por parte del Juez los alegatos finales de los intervinientes; además, constituye la última oportunidad para que el procesado reconozca su responsabilidad y obtenga una reducción punitiva proporcionada a su mínima pero aún existente colaboración con la justicia.

108

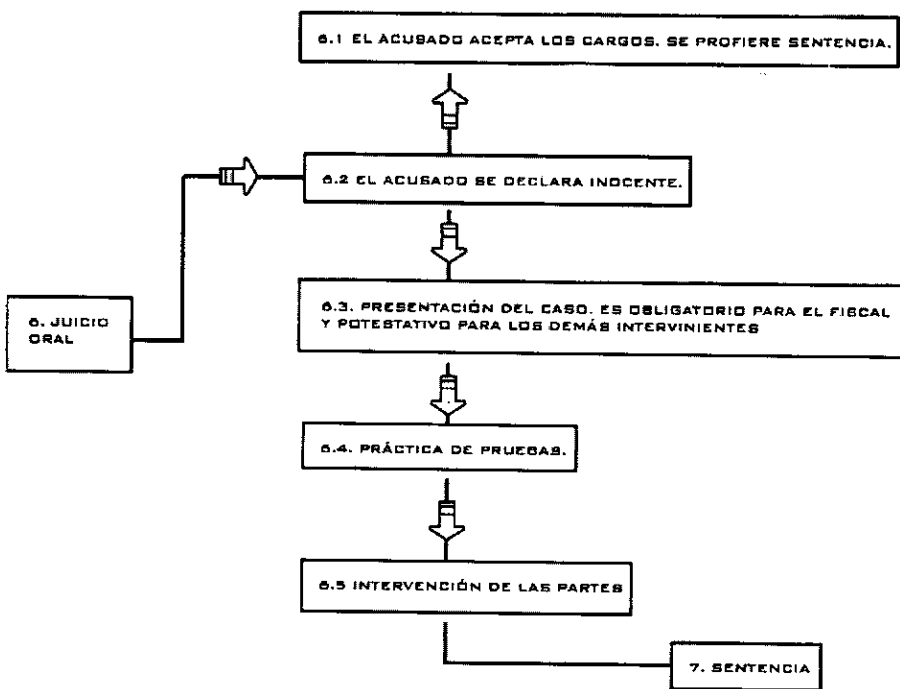
A diferencia del esquema desarrollado por los estatutos anteriores a la ley 906 de 2004, el juicio oral supone que toda la discusión jurídica y probatoria se desarrolle de manera inmediata ante el juez de conocimiento. Una vez interrogado el acusado sobre si acepta los cargos o se declara inocente, si no existe aceptación, se prosigue a la presentación del caso, que es una exposición breve sobre lo que se pretende demostrar y su relevancia jurídica, únicamente obligatoria para el fiscal y facultativa para los restantes intervinientes.

El juicio oral no tiene una estructura compleja en términos formales, pero sí tiene un profundo arraigo en principios constitucionales de la mayor importancia, como los principios de concentración e inmediación. Conforme al primero, la audiencia debe desarrollarse en un lapso breve, lo cual no significa precipitación. El Juez, más que a referencias formales, debe atender al sentido común cuando deba suspender y señalar nuevas fechas para la continuación de juicio oral, pero en todo caso debe guiarse por la regla de que entre una y otra sesión debe transcurrir el menor lapso posible. Nunca debe tramitarse la audiencia ante dos funcionarios diferentes, ni es válida aquella audiencia que se tramita integralmente ante un juez distinto al que ha de emitir la sentencia.

Como regla general el Juez debe limitarse a la dirección del acto judicial, lo cual implica conceder el uso de la palabra, mantener el orden y ejercer, si es del caso, los poderes disciplinarios para asegurar el respeto y decoro de los intervinientes, así como la inadmisión de conductas temerarias y contrarias a la ley durante el desarrollo del debate. Sin embargo, como ya se señaló, no puede excluirse de manera radical la posibilidad de práctica de pruebas de oficio para mejor proveer, cuando se hace evidente que de no proceder así se generaría una duda grave y superable acerca de hechos o

circunstancias relevantes, situación que no puede convertirse en regla general, pero que tampoco puede descartarse en aras de la justicia material, al margen de cuál sea el interviniente que pueda eventualmente beneficiarse.

Solo en caso de ser indispensable debe desplazarse el Juez a un lugar diferente de su sede para la práctica de una inspección.



Conclusiones

De todo lo anterior puede concluirse:

1. El proceso penal no es un conjunto arbitrario de ritualidades, sino un método estandarizado para administrar justicia, determinado por el legislador. Por esta razón, las formas procesales se orientan hacia fines específicos (principio de la instrumentalidad de las formas), que no se delimitan caprichosamente, sino que hacen parte del modelo de Estado acogido por la Constitución Política.

2. No existe en realidad algo que pueda denominarse sistema acusatorio puro. Lo que existen entre los procedimientos penales occidentales son tendencias, entre las que se destacan la anglosajona y la continental europea. El legislador colombiano de 2004 se inclinó claramente por un esquema que contiene mayores características de la tendencia continental europea que de la anglosajona, lo cual tiene repercusiones prácticas muy trascendentes.

En efecto, el proceso adoptado por la ley 906 de 2004 no se inicia con la formulación de la acusación, sino con la formulación de la imputación; cuenta con dos etapas principales (investigación y juicio oral) y una de transición; no atribuye al órgano de investigación facultades discrecionales plenas de naturaleza política, sino discrecionalidades regladas y controladas por jueces en todos los casos (principio de legalidad).

110

3. La búsqueda de la verdad, como fin del proceso penal, enmarca también una característica diferenciadora con los modelos acusatorios marcadamente dispositivos. El proceso penal colombiano de la ley 906 de 2004 se orienta, por razones constitucionales, hacia la verdad material y no hacia una verdad formal, lo cual entraña el reconocimiento de excepcionales facultades oficiosas en cabeza del juez.

4. Como quiera que el esquema procesal no es una rueda suelta en el contexto de la estructura estatal, el principio de legalidad, que inspira todo el sistema, también es la columna vertebral del nuevo procedimiento. De allí se derivan varias consecuencias, entre las que cabe mencionar las limitaciones en el ejercicio del principio de oportunidad, la responsabilidad jurídica y no política por el ejercicio de la acción penal, y la necesidad de motivación de las decisiones relevantes. En lo que atañe a la motivación, entre otros aspectos, esta debe ocuparse de los distintos componentes dogmáticos de la teoría del delito, dado que a diferencia de los modelos de tendencia anglosajona, el juez debe demostrar el apego de sus decisiones a la legalidad, a través de motivaciones explícitas sobre todos los componentes del juicio de responsabilidad.

5. A pesar de ser un estatuto muy superior a los anteriores, el contenido en la ley 906 de 2004 presenta algunas contradicciones internas y, especialmente, grandes vacíos. En uno y otro caso debe acudir al bloque de constitucionalidad tanto como referente de interpretación de las reglas de procedimiento, como también para efecto de llenar vacíos evidentes que presenta la legislación a través de sus principios.

La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal: Hacia una prevalencia del principio de libertad

Alejandro Aponte Cardona¹

Presentación

En el presente trabajo se asume el estudio de la regulación de las medidas de aseguramiento en el nuevo Código de Procedimiento Penal, con énfasis en la figura de la detención preventiva. Es, por su propia naturaleza, un estudio acerca de la manera como se encuentra regulada la libertad en la nueva legislación procesal penal. En esta dirección, se hace un énfasis en el carácter absolutamente excepcional, previsto por el nuevo Código, de la restricción de la libertad por parte de los funcionarios y en los requisitos múltiples de fundamentación que son exigidos a los mismos para aplicar las medidas de aseguramiento.

111

El Estudio rescata la riqueza del nuevo Código en relación con el tema y propone una lectura e interpretación de las normas correspondientes, teniendo en cuenta nuestra propia tradición y praxis jurídica, así como muy especialmente los estándares internacionales al respecto y las tendencias actuales de la doctrina latinoamericana y continental europea. Circunstancias que pueden originar la aplicación de las medidas de aseguramiento, especialmente aquellas que afectan la libertad personal, son analizadas en el ámbito más complejo reseñado. Nociones como "obstrucción de la justicia" por parte del imputado, aquellas circunstancias que componen el denominado "peli-

¹ Alejandro Aponte Cardona es Doctor en Derecho Penal y Teoría del Derecho de la Universidad del Saarland, en Saarbrücken, Alemania. Su tesis doctoral sobre derecho penal de enemigo en el caso colombiano fue adelantada bajo la dirección del profesor Alessandro Baratta y publicada en el 2004 en la editorial Nomos de Alemania. Miembro del grupo de expertos internacionales adscrito al Instituto Max Planck para Derecho Penal Internacional de la ciudad de Friburgo y miembro de grupos académicos internacionales. Ha trabajado como funcionario de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Actualmente es Profesor de Derecho Penal General en la facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana y se desempeña como asesor y consultor de agencias nacionales e internacionales.

gro de fuga", las circunstancias relacionadas con la actitud del imputado frente a la infracción cometida, el concepto de "peligro" que sus actos representan, etc., son abordadas teniendo en cuenta cómo han sido interpretadas estas condiciones en el derecho procesal penal comparado, y cómo han sido identificadas en sus alcances por la jurisprudencia internacional. El estudio está elaborado a partir de la noción de derecho penal mínimo, como propósito que debe determinar la legislación penal sustancial y procesal. El nuevo Código puede ser leído, efectivamente, en clave de derecho penal mínimo, como derecho procesal penal de la Constitución.

1. El proceso penal: derecho constitucional aplicado

112

Desde tiempo atrás hay coincidencia en la doctrina: el derecho procesal penal es derecho constitucional aplicado². No se trata apenas de una posición de principio, ni se trata de afirmaciones sustentadas en un prurito académico: se trata de la determinación constitucional de las normas procesales y del condicionamiento profundo de estas por parte de la normativa constitucional. Por esa misma razón, también hay otra coincidencia en la doctrina y en la comunidad jurídica, directamente relacionada con la conclusión anterior: "El derecho procesal penal es aquel escenario estatal y social en el cual, como en ningún otro, los derechos humanos se encuentran en juego, y en el cual el Estado y la sociedad se miran a sí mismos"³.

² Una formulación clásica de ello en la siguiente cita: "Adquiere sentido, tanto desde el punto de vista político-jurídico, como científico-penal, el hecho de que el proceso penal no solo sea caracterizado como la materialización del derecho penal sustancial, sino también como derecho constitucional aplicado; en todo caso y por la misma razón, como indicador de la confluencia de la cultura jurídica y la cultura política en el Estado moderno. En el derecho procesal penal y en su realización práctica, se encuentran las señales que permiten discernir, con mayor precisión, acerca de cuál es el modo real de actuación de un Estado frente a sus ciudadanos". Winfried Hassemer, *Unverfügbares im Strafprozeß*, en: Haft/Hassemer/Neumann/Schroth (editores), *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maibofner*, Frankfurt am Main, 1988, p. 203.

³ Winfried Hassemer, *Menschenrechte im Strafprozeß*, en: KritV, cuaderno 3/1988, p. 336. En la reciente presentación del libro de Claus Roxin, con traducción de Óscar Julián Guerrero sobre *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, editado por la Procuraduría General de la Nación el autor, invitado a Colombia en el marco de un congreso internacional, enfatizó el carácter del proceso penal como materialización del derecho penal sustancial, dentro de un ámbito jurídico dominado por la prevalencia constitucional de los derechos y garantías. Universidad Externado de Colombia, octubre 28 de 2004.

2. La libertad: el fundamento de la existencia individual en sociedad

Es el proceso penal un escenario de tanta importancia, entre otras razones fundamentales, porque se trata de un escenario regulado en el cual se puede afectar la libertad. Y la libertad es el fundamento de la existencia de un hombre en sociedad; la libertad es la condición natural de la existencia de individuos en un contexto social. En el Estado moderno, al desaparecer las verdades previas a los debates legislativos y judiciales, la legitimidad de las decisiones, basadas en verdades que se discuten regladamente, está íntimamente ligada a los procedimientos: "Legitimación a través de los procedimientos", es una realidad del derecho y del Estado modernos, que se hace tanto más determinante en el caso del proceso penal⁴.

113

Al proceso penal no se llega, como antaño, con verdades previas para luego ser estas deducidas a través de procesos dirigidos de antemano; él constituye un escenario reglado, un duelo regulado en detalle. Los procedimientos se dirigirán entonces hacia el hallazgo de una verdad, la verdad del proceso. Esto permite equilibrar las pretensiones de la búsqueda institucional de la verdad material, con las limitaciones propias que impone la verdad procesal. Permite, también, y muy especialmente, reglar y legitimar solo en cuanto se respeten las reglas dentro del proceso, aquellas ocasiones en las cuales sea permitido al Estado restringir la libertad de las personas que se encuentran abocadas al proceso penal.

Por todo lo anterior, y siendo el derecho procesal, derecho constitucional en funcionamiento, la restricción de la libertad tiene que ser siempre excepcional; en ningún caso puede ser la regla. Este es un principio que condiciona toda la dinámica procesal. En ello es explícito el nuevo Código de Procedimiento Penal. El artículo 295, que abre el Capítulo I del Título IV referido al régimen de restricción de la libertad, establece claramente: "**Afirmación de la libertad**. Las disposiciones de ese código que autorizan pre-

⁴ Este es el título de un texto fundamental de Niklas Luhmann en el cual el autor establece la prelación en el derecho moderno, de los procesos reglados como fuentes de legitimidad de las decisiones institucionales. *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, 1983.

ventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional".

En esta primera parte de la norma se establece el principio de restricción excepcional de la libertad, además de hacerse énfasis en el *carácter preventivo* de la privación de la misma. Luego la norma aporta una regla de interpretación general: las disposiciones del Código, en esta materia entonces, "solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales".

2.1. Dependencia constitucional en la interpretación de la norma procesal

114

Se trata de una norma fundamental: además de lo dicho, ella establece el principio de dependencia constitucional de la interpretación de la norma procesal penal. Al funcionario se le exige que su juicio, en relación con la restricción de la libertad, esté fundamentado en las siguientes condiciones que aparecerán una y otra vez en diversas normas procesales sobre la materia: *la necesidad, la adecuación, la proporcionalidad y la razonabilidad*. Ellas informan, además, de manera general, todo el Código y permiten establecer puentes necesarios entre el derecho penal sustancial y el derecho procesal penal.

Son condiciones que constituyen exigencias de fundamentación del juicio, al mismo tiempo que constituyen, para el funcionario, herramientas escritas en clave constitucional: el juez penal es también hoy, por la complejidad alcanzada por el derecho, un juez constitucional; al mismo tiempo que por disposición del propio Código, en el artículo 3º, es un juez ligado y condicionado por el derecho internacional de los derechos humanos⁵. El nuevo Código de Procedimiento Penal debe ser adecuado en su práctica a los estándares

⁵ Un esfuerzo muy importante por pensar el problema de la privación de la libertad en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, con análisis sobre las diferentes posiciones doctrinales acerca de las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, y con acopio de diversas providencias clave de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, es el de César San Martín Castro, autor peruano varias veces invitado a Colombia en el marco de la discusión sobre la reforma procesal. El trabajo se titula *La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*. Versión sin publicar, de marzo de 2003, Lima.

internacionales y es el juez penal, sobre todo, el que tiene a su cargo esta responsabilidad⁶.

2.2. La restricción de la libertad: una posibilidad excepcional

En ninguna otra codificación anterior se ha establecido con tanto rigor, con una transcripción tan detallada del precepto constitucional del debido proceso, la prevalencia del principio de libertad como sustrato del proceso penal. El artículo 2º del nuevo Código es exhaustivo en su prescripción. El primer inciso cubre la preservación constitucional de la libertad, mientras que el segundo, como norma rectora, anticipa las condiciones que deben ser respetadas por el juez de control de garantías, para proceder a dictar medidas de aseguramiento, especialmente por ejemplo en el caso de la detención preventiva.

Desde el primer momento se advierte al juez que la "restricción de la libertad del imputado" se ordenará "cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial de las víctimas". De igual manera, lo cual debe constituir un principio *per se* que guíe la actuación judicial frente a las medidas cautelares,

⁶ El artículo 3º del Código dispone la prelación de los tratados internacionales: "En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación en los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad". Como se ve, el artículo se refiere, con mucho acierto, no solo de manera general al ámbito de los derechos humanos, sino a la posible restricción de los mismos en virtud de los estados de excepción. Como la excepción ha sido en gran parte de nuestra vida jurídica la regla, esta norma es esencial. Ya hay vasta jurisprudencia constitucional que se ha ocupado del artículo 93 de la Constitución Política en su versión inicial, que debe ser seguida por el juez penal. (Como se observa, además, la norma hace relación expresa al bloque de constitucionalidad, relación que está presente en todo el Código, por ejemplo también en las causales del recurso extraordinario de casación, lo que constituye una herramienta general inigualable, para hacer justicia penal como justicia constitucional, para el funcionario protagonista del nuevo procedimiento penal). Debe decirse, finalmente, que el anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), consistente con el Código Penal vigente, hacía relación al principio de integración, al referirse a la normatividad internacional. Hoy, el nuevo Código de Procedimiento se refiere a dicho principio en el artículo 25, pero lo entiende más en relación con la integración, en este Código, de las normas del derecho procesal civil o de otros regímenes procesales, cuando no se opongan estos al régimen procesal penal. Sin embargo, puede pensarse, para buscar armonizar el Código Penal y el de Procedimiento, de una manera más genérica el principio de integración en función de la normativa internacional.

la norma establece que el funcionario deberá modificar o revocar la medida, "si las circunstancias hubieran variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada". (Esta disposición abre de entrada también el ámbito establecido en el nuevo proceso penal para la actuación de la defensa).

En la parte final del artículo se establecen las condiciones bajo las cuales, teniéndose siempre en cuenta que se trata de un procedimiento excepcional, la norma permite la captura sin orden judicial. La norma establece que el capturado debe ser puesto a "disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes".

116 Es importante anotar, al respecto, que no solo es fundamental tener en cuenta el tiempo que una persona capturada en flagrancia o sin orden judicial escrita, deba ser puesta a disposición del juez competente, sino que debe trabajarse muy bien en relación con los "motivos fundados" que tenga el fiscal para capturar, y en la alusión de la norma al hecho de que el fiscal "razonablemente carezca de oportunidad de solicitar el mandamiento escrito".

La regla de la experiencia debe apoyar aquí al juez: a lo largo de la historia procesal de Colombia, este tipo de normas, que hacen alusión a motivos fundados, etc., han servido para cometer atropellos manifiestos contra la libertad de las personas. Ello, muy especialmente, bajo el régimen de excepción, que se ha convertido en muchas ocasiones en la regla en nuestro país. Por tal circunstancia, debe hacerse una interpretación sistemática del Código, basada en el principio de restricción excepcional de la libertad, para ser muy exigentes y restrictivos al máximo en la interpretación de este tipo de posibilidades para capturar las personas⁷. Existe, además,

⁷ El derecho internacional es claro en ello. Como lo advierte San Martín, haciendo un análisis de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, ella establece, en "primer lugar, que nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ella; y, en segundo lugar (inciso 3° del artículo 7°), que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios". César San Martín Castro, *La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*. Loc. cit., p. 5.

una previsión constitucional, ya que el artículo 2 del acto legislativo 03 de 2002, que reformó el artículo 250 de la Carta Política, establece que: "La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes".

2.3. Restricción excepcional de la libertad y principio de dignidad: núcleo de las normas rectoras del nuevo Código

La norma reseñada constituye el segundo principio rector de la normatividad procesal. El primero es el principio de la dignidad. Los dos se leen, empero, conjuntamente y constituyen núcleo central de las normas rectoras. En el caso particular de las medidas restrictivas de la libertad, su impacto debe ser medido en función de la situación de dignidad o indignidad en la cual debe adelantarse la medida. Por esa razón el juez, al autorizar una medida restrictiva de la libertad, debe tener en cuenta en el juicio de necesidad, proporcionalidad, adecuación y razonabilidad, las condiciones objetivas de nuestro régimen carcelario. Estas herramientas de interpretación no se agotan entonces en el análisis del hecho, de las circunstancias en que este se cometió, de la gravedad desde el punto de vista legal del delito, sino que también debe profundizar en el análisis de las circunstancias en que se cumple la medida cautelar.

Este hecho lleva a una conclusión más general en relación con todo el Código: para que este funcione en la práctica, se debe modificar sustancialmente el régimen carcelario. Se trata, desde luego, de una necesidad que no surge ahora con la nueva normatividad, siempre ha estado presente. Lo que sucede en este momento es que la restricción del uso de la detención preventiva, por ejemplo, su carácter limitado estrictamente a asegurar la comparecencia del sindicado, tiene que cumplirse en condiciones dignas, o de lo contrario, toda la normatividad procesal es negada en la práctica. La dignidad está presente tanto en los límites para dictar la medida cautelar, como en las restricciones para capturar; y está presente también en el contexto de la ejecución de la

medida⁸. Tanto más será cierto ello, si se tiene en cuenta que el Código está informado de manera general por el principio de humanización del proceso penal⁹.

3. Medidas de aseguramiento: regulación general

El nuevo Código de Procedimiento Penal contempla dos tipos de medidas cautelares o de aseguramiento. Aquellas que son restrictivas de la libertad, y aquellas que no son privativas de la misma. El artículo 307 las clasifica, de manera general, como medidas de aseguramiento. Aquellas que restringen la libertad son la "detención preventiva en establecimiento de reclusión" y la "detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento".

Por su parte, las no privativas de la libertad son la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica o a la vigilancia de una persona o institución determinada; presentarse periódicamente o cuando sea requeri-

⁸ Sobre el sistema carcelario en Colombia, son importantes los diversos trabajos de Mauricio Martínez en los cuales se enfatiza el carácter crítico de la justicia penal, manifiesto sobre todo en las condiciones del sistema carcelario. A manera de ejemplo, el texto *Crisis de la administración de justicia penal en Colombia*, Temis, Bogotá, 1999. Las consecuencias constitucionales del principio de dignidad en relación con la aplicación de penas son analizadas en el texto de José Urbano Martínez, *Constitución Política y teoría de la pena*, en: *Memorias de las XXV jornadas internacionales de derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 343-391. (Debe aclararse que las alusiones a los fines de la pena se adelantan en un sentido genérico y en relación con el sistema carcelario, pues desde ahora se advierte un axioma claro que condiciona el tema que nos ocupa: la detención preventiva, como aquella medida de aseguramiento más crítica, no es una pena. Hoy existe un consenso en ello en toda la jurisprudencia internacional, en el derecho procesal penal comparado y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

⁹ También es necesario, en función de la nueva normatividad, pero lo es desde hace tiempo en relación con el Código Penal, modificar los currículos de las facultades de derecho. El mero ejercicio memorístico del derecho hace rato ha dado paso a un ejercicio más ilustrado en función de la teoría constitucional, de la teoría del derecho, de la teoría de la argumentación. El nuevo jurista debe ser entrenado para detectar problemas jurídicos relevantes, para allegar la información pertinente —siempre con una vocación internacional—, para ubicar la jurisprudencia necesaria, para ilustrarse con la doctrina más pertinente. Nociones como adecuación, necesidad, proporcionalidad, razonabilidad, así lo exigen. Es común oír hablar de la necesidad de crear una nueva mentalidad en el operador de justicia para lograr que operen las reformas; ello es cierto, empero, tan solo parcialmente. Más profunda es, en cambio, la necesidad de adecuar el sistema académico a la nueva complejidad alcanzada y a los desafíos de la internacionalización.

do ante el juez o ante la autoridad que él designe; obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho; prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares; prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas –siempre y cuando no se afecte el derecho de defensa–; prestar caución o fianza, y prohibición de salir del lugar de habitación entre las seis de la tarde y las seis de la mañana.

3.1. El principio de gradualidad en la escogencia de la medida

El sistema de las medidas de aseguramiento está construido sobre la base de la gradualidad de las medidas y sobre la base de la escogencia más adecuada de una de ellas por parte del juez, de acuerdo con los hechos y diversas circunstancias, y siempre bajo el supuesto de la excepcionalidad y restrictividad de las medidas privativas de la libertad. En el inciso final, la norma agrega lo siguiente: "El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta e indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento"¹⁰. Finalmente, la norma agrega una condición acorde con las circunstancias económicas de la persona: "Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria".

119

Por su parte, el artículo 2 del acto legislativo 03 de 2002, que reformó el artículo 250 de la Constitución Política, establece en el numeral primero que en ejercicio de sus funciones la Fiscalía General deberá "solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas".

¹⁰ Debe recordarse que el Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), solo reconocía como medida cautelar la detención preventiva, tal como lo establecía el inciso primero del artículo 356. De esta manera, el dicho popular que reflejaba una realidad terrible, sobre cómo en Colombia una "detención no se le niega a nadie", no solo tenía origen en malas costumbres jurídicas, sino en la inexistencia de opciones concretas para que los fiscales pudieran asegurar a las personas las exigencias del proceso.

3.2. El principio de aseguramiento de la comparecencia del imputado

Como se ve, el principio de *aseguramiento de la comparecencia* del imputado es el principio guía en la actuación del juez. Este tiene a su haber diversas herramientas y debe ser muy acertado al momento de valorar cuál es la medida que deberá imponer. La norma reformada conserva la función de asegurar la comparecencia, pero agrega, desde el ámbito constitucional, la razón de la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, con énfasis en las víctimas. Es necesario desarrollar fórmulas muy finas de interpretación del alcance de estas razones y fines de las medidas, especialmente cuando aparecen conceptos abstractos como la "comunidad" o, como se verá luego, el "peligro" que pueda representar una persona para aquella o para la víctima.

120

3.3. Requisitos para decretar las medidas: derecho procesal como derecho constitucional en funcionamiento

El artículo 308 del nuevo Código contiene todo el esquema de requisitos para adoptar las medidas cautelares. La noción de *razonabilidad* en la inferencia que haga el juez de control de garantías cruza toda la disposición. Así, en su inicio la norma establece que dicho juez, a petición del Fiscal General o de su delegado –lo cual explica que se trata aquí de lo que la doctrina considera como *justicia rogada*–, "decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser actor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos...".

Debe subrayarse un hecho central: la norma hace referencia explícita a diversos elementos obtenidos "legalmente". Es decir, el Código es claro en establecer los límites del hallazgo de la verdad material; esta no puede encontrarse a costa de las reglas del proceso. Las tensiones entre verdad material y verdad procesal son hoy cada vez mayores, especialmente en relación con las legislaciones contra el crimen organizado o en las legislaciones antiterroristas. La flexibilización de las exigencias sobre la legalidad de la prueba es un hecho

notorio hoy, cuando se cree que dicha legalidad obstaculiza los medios considerados necesarios para encontrar la supuesta verdad de los hechos; de la misma forma, la legalidad retrocede ante medidas de carácter preventivo contra el crimen organizado, como el seguimiento secreto de personas a través de medios electrónicos, etc.¹¹. Este precepto debe leerse, además, en función de un precepto constitucional que constituye núcleo esencial del debido proceso previsto en el artículo 29: "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"¹².

En relación con los requisitos, la norma establece tres tipos:

"Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia".

"Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima".

"Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia".

Luego el Código aclara, en artículos diferentes, cada uno de los conceptos y cuál es el significado de ellos para la legislación procesal penal: obstrucción de la justicia (art. 309), "peligro para la comunidad" (art. 310), "peligro para la víctima" (art. 311) y no comparecencia del imputado (art. 312). Se trata de disposiciones complejas que deben ser estudiadas en detalle, sobre todo porque ellas están pobladas de conceptos que son vagos e indeter-

¹¹ Al respecto, véase la muy ilustrativa reconstrucción que hace Claus Roxin de decisiones fundamentales en la jurisprudencia alemana en relación con el espionaje acústico. Aquí se observan las tensiones manifiestas respecto de la búsqueda de la verdad material y el respeto por la legalidad de los procedimientos. Claus Roxin, *La decisión de la Gran Sala del Tribunal Supremo relativa al espionaje acústico*, en: Roxin, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, traducción de Óscar Julián Guerrero, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, octubre de 2004, pp.169 y ss.

¹² El nuevo Código de Procedimiento Penal desarrolla este postulado a través de la denominada "Cláusula de exclusión". Establece el artículo 23, que constituye norma rectora, que "toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia".

minados, y están llenas de exigencias para el juicio de inferencia razonable de los jueces.

3.4. Principio de comparecencia y presunción de inocencia: una ponderación permanente

122 Teniendo en cuenta el principio de aseguramiento de la comparecencia del imputado y teniendo en cuenta el carácter excepcional de la medida de aseguramiento, especialmente cuando se trata de aquellas que afectan la libertad, la tensión que surge para el funcionario y sobre la cual este debe ser especialmente activo, es entre dicho aseguramiento y la presunción de inocencia como principio rector de todo el ámbito procesal. No sin discusión, hoy se acepta en la doctrina que tan solo el carácter de aseguramiento de la comparecencia puede justificar la figura de la detención preventiva. Desde hace tiempo está descartada la idea de que dicha figura constituya una especie de pena, en la medida en que ella pudiese cumplir, por ejemplo, fines de prevención, general o especial. Ello, desde luego, independientemente de que en la práctica en Colombia la figura haya obrado en ocasiones como una especie de pena anticipada: el caso colombiano ha sido, lastimosamente, especialmente prolijo en casos de perversión del carácter de la medida.

De hecho, para diversos jueces y no solo en las academias o en la doctrina, en gran medida la nueva legislación procesal penal, por lo menos en lo que tiene que ver con la regulación de la libertad, ha tenido su origen en la flexibilización de los requisitos para decretarla por parte de numerosos fiscales a instancia del Código derogado y en la ligereza con que se volvió habitual para ellos restringir la libertad de las personas¹³. La perversa costumbre de detener las personas, para luego investigarlas; o de colocarlas tras las rejas,

¹³ Este es por ejemplo el parecer del ex presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Nilson Pinilla, para quien, en el contexto de una discusión académica con el autor de este escrito, este aspecto de la ligereza de la privación de la libertad fue determinante en la elaboración del nuevo Código de Procedimiento. A su juicio, más allá de los controles que el Código derogado previó para decisiones que afectaban la libertad de las personas, en la práctica se logró afectar en extremo la libertad de las mismas, provocando desajustes graves en el desarrollo de los procesos. El concepto de este juez es de alguna forma generalizado en la rama judicial y estuvo presente en los múltiples debates que tuvieron lugar en la elaboración del nuevo Código.

para ocuparse del caso, debe cambiar radicalmente: en todas las reformas del continente y en todos los ámbitos de discusión se hace referencia al uso indiscriminado de la detención preventiva y a su carácter de pena anticipada¹⁴.

Como se ha advertido, el uso de la medida sólo se justificaría en su carácter procesal de aseguramiento del imputado. En consecuencia, como lo anota Hassemer, por ejemplo, los fines de la detención solo pueden ser fines de "aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento: hacer posible un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales. Esto justifica los *fundamentos de la detención* basados en la fuga y el peligro de obstrucción de averiguación de la verdad"¹⁵.

123

La Corte Constitucional de Colombia ha subrayado también este carácter instrumental-procesal de la figura. En una decisión relativamente reciente y fundamental, a través de la cual la Corte ha pretendido, sobre todo, deslegitimar el carácter de pena que ha asumido la detención preventiva, la corporación ha dicho: "El propósito que orienta la adopción de este tipo de

¹⁴ En el contexto por ejemplo del IV Curso Regional Andino de Derechos Humanos, celebrado en el Perú en el mes de octubre de 2004, bajo el auspicio de la Comisión Andina de Juristas y de la Fundación Konrad Adenauer, uno de los temas de debate y respecto del cual los participantes entregaron informes nacionales, fue el relacionado con las reformas procesales. En todos los informes se hizo hincapié en la necesidad de regular, lo cual se ha hecho en algunos Códigos de la región, de manera estricta la figura de la detención preventiva y evitar que ella se convierta en la práctica en una pena anticipada. Se expresó, en todo caso, la preocupación por el impacto que ha tenido el denominado "síndrome del narcotráfico" en la región en el ámbito procesal: duplicación o triplicación de los términos de detención para aquellos imputados por este delito. En relación con ello y en relación con el recurso permanente a normas especiales que terminan dejando sin efecto las regulaciones generales de los Códigos procesales, es ilustrativa la imagen utilizada por Wolfgang Schöne en dicho congreso: "El proceso penal es una relojería que debe funcionar armónicamente. No se puede intervenir en una parte de la misma sin interferir en el funcionamiento del todo". El principio de restricción excepcional de la libertad, dispuesto por el nuevo Código de Procedimiento, debe ser la máquina que alienta esta relojería.

¹⁵ Winfried Hassemer, "Los presupuestos de la prisión preventiva", en: *Crítica al derecho penal de hoy*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 105. Por su parte, y aclarando que el debate en España también ha sido arduo, Andrés Perfecto Ibáñez se refiere a la prisión preventiva, nombre con el cual se conoce la figura en ese país, como un instrumento de "cautela instrumental", de carácter eminentemente procesal y dirigido a garantizar el funcionamiento normal de las actuaciones procesales. Perfecto Andrés Ibáñez, "Presunción de inocencia y Prisión sin condena", en: Andrés Ibáñez (Compilador.) *Detención y Prisión Provisional*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. P. 15.

medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción"¹⁶.

En relación con los fines procesales contenidos en el artículo 250 de la Carta Política –que los conserva hoy después de la reforma– la Corte agrega: "para que proceda la detención preventiva no solo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma"¹⁷. Estas consideraciones del juez, sustentadas en ámbito constitucional, tienen además un sustento que constituye una obligación legal expresa. El artículo 37 del Código Penal, en su inciso 3°, establece que "la detención preventiva no se reputa como pena". Este es el axioma general. La norma agrega, como fundamento mínimo de un principio de justicia por el tiempo en que se ha visto la libertad afectada: "Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena".

De esta forma, no se acepta el mero automatismo del funcionario –hoy el juez de control de garantías en su evaluación de los fines– sino que este debe ser muy consciente de las finalidades estrictas previstas por la Carta para la adopción de la figura. La Corte insiste en ello: "La detención preventiva dentro de un Estado social de derecho no puede convertirse en un meca-

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. C-774 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil. Fundamento 4.5.2. Un estudio muy juicioso y detallado de los alcances de dicha sentencia y a su vez una reconstrucción jurisprudencial y doctrinal en relación con la detención preventiva, es el de Hernando León Londoño, "la detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia No. C-774 de 2001. En: *Nuevo Foro Penal*, Tercera época, año 1. Mayo-agosto de 2003, Medellín, P. 191 y ss.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. C-774 de 2001. Fundamento 4.5.2.

nismo de privación de la libertad indiscriminado, general y automático..."¹⁸. Al mismo tiempo, la sentencia refuerza el principio de gradualidad, hoy más importante que nunca en el nuevo contexto procesal. Con acierto anota Londoño que la sentencia enfatiza la necesidad de que el funcionario valore no solo los "fines que se aducen para su legitimación, sino el de darles prioridad a alternativas procesales a la DP cuando estas cumplen con las mismas finalidades"¹⁹.

Así, entonces, el carácter procesal de la medida es rescatado como fundamento limitador del impacto sobre la libertad, al mismo tiempo que él presupone siempre la gradualidad. Ello es reiterado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia sobre los alcances de la detención en consonancia con las directrices constitucionales. La Corte dice que el juez deberá establecer, en consecuencia, "bajo un pronóstico racional proporcional y, especialmente motivado que se cumplan los fines y objetivos de la misma, es decir, que el procesado comparezca en cualquier tiempo al proceso, bien sea para la instrucción, el juzgamiento o la ejecución de la pena, que

125

¹⁸ Ibídem, fundamento 4.5.2.

¹⁹ Hernando León Londoño, "la detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia No. C-774 de 2001. En: Nuevo Foro Penal, loc. cit., p. 194. Es muy importante destacar la cada vez mayor conciencia que existe en América Latina sobre las exigencias que impone una democracia y un Estado social de derecho en relación con el respeto por la libertad. En declaraciones del presidente de la Corte Suprema de Costa Rica, el juez —respondiendo además a reproches sociales y a la presión de los medios— afirma que "frecuentemente la gente reclama a la justicia cuando un acusado está libre durante el proceso, o si goza de una medida cautelar, sea arresto domiciliario o excarcelación". (Se trata de un reproche que se hará sin duda a los jueces de control de garantías en Colombia a partir del 1º de enero de 2005). No obstante, agrega el funcionario, "la respuesta a por qué el Código Procesal Penal obliga a un juez a adoptar una medida distinta de la prisión preventiva u otorgar la libertad, está en la base misma de nuestro sistema democrático". El magistrado subraya el carácter de regla que tiene la libertad: "Hay que recordar que la democracia se caracteriza por ser una ideología basada en la libertad como regla. Como parte de ello toda persona tiene el derecho a ser considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario en sentencia firme, previo ejercicio del derecho de defensa. Por eso, la libertad de la persona solo debe restringirse de manera cautelar y excepcional para garantizar los fines del proceso; valga decir, prevenir que eluda la acción de la justicia u obstaculice gravemente la comprobación de los hechos, o que continúe con la actividad delictiva. Salvo en estos casos, el juez no debe restringir la libertad y, aun cuando pueda hacerlo, debe buscar la medida menos gravosa para el imputado (artículo 244 del Código Procesal Penal)". Luis Paulino Mora, "Base del sistema democrático. Prisión preventiva y estado de inocencia" En: *El Nacional*, San José, 22 de noviembre de 2004.

preservará la prueba, esto es, no ocultará, destruirá o deformará elementos relevantes para el proceso..."²⁰.

3.5. Necesaria adecuación del sistema carcelario al carácter procesal de la medida de aseguramiento

No obstante lo anteriormente expuesto, como bien se advierte en un estudio, la reseñada legitimación procesal de la medida puede terminar por "hacer más severas las consecuencias del internamiento para los detenidos que para los condenados en lo que respecta a la limitación de los derechos fundamentales de los primeros. Así, por ejemplo, algunos ordenamientos restringen la posibilidad de comunicación del detenido, limitan a efectos de la investigación la libertad de correspondencia y para completar, le impiden al detenido gozar de los beneficios penitenciarios de los condenados (permisos, salidas de fin de semana, etc.) dado que los motivos de su internamiento inevitablemente se relacionan con la necesidad de comparecencia al proceso y por lo tanto con un alto riesgo de fuga"²¹.

Así, surge una encrucijada: la detención preventiva no es una pena, tiene un sentido estrictamente procesal, pero este puede ocasionar en la práctica un tratamiento más severo e indigno para el imputado, sobre todo cuando se trata de ciertos delitos sobre el cual la presión política es mucho más deter-

²⁰ Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación penal de julio 16 de 2002. MP Jorge Córdoba Poveda. Esta posición ya la había establecido la Sala en auto de febrero 19 del mismo año y se reitera en providencia del 20 de agosto de 2002. En las sentencias de la Sala Penal se hace evidente una discusión entre sus miembros acerca del carácter y finalidad de las medidas de aseguramiento, especialmente de la detención preventiva. Pese a que la Sala Penal ha seguido la sentencia de la Corte Constitucional, ha prevalecido aún en la Sala la idea de que la detención preventiva tiene funciones de prevención general, lo cual equivale a confundirla con una pena. No obstante, las providencias han generado aclaraciones de voto, todas referidas al problema de la prevención general o especial: diversos magistrados niegan esta función. La discusión se hizo más palpable en la providencia del 20 de agosto de 2002. Sin duda, la claridad de las normas del nuevo Código de Procedimiento Penal, la existencia de varias opciones para el juez en relación con las medidas, los efectos de la sentencia de la Corte Constitucional y el énfasis en el bloque de constitucionalidad, harán que poco a poco se vayan asentando en la administración de justicia los nuevos conceptos que deben regir estas figuras procesales.

²¹ Óscar Julián Guerrero, *Régimen constitucional y legal de las medidas de aseguramiento, con especial referencia a las relaciones entre detención preventiva y principio acusatorio*. Trabajo próximo a publicarse en un volumen que contiene diversos textos bajo el título de *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Se cita la versión no publicada del trabajo, p. 7.

minante—el narcotráfico, aquellos ligados al crimen organizado, etc.—o cuando se trata de sujetos que constituyen "peligro" para la comunidad.

4. El carácter procesal de la medida y la jurisprudencia internacional

El carácter excepcional de la medida, que fundamenta el sentido procesal de la misma, es subrayado también por la jurisprudencia internacional, que reseña de manera particular la necesidad, la razonabilidad y la pertenencia de la medida. El artículo 9° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos destaca, en su inciso 3° por ejemplo, en relación con la medida cautelar, que "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general". Advierte la norma, sin embargo, que la libertad de las mismas, "podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo". Es decir, se concibe como una garantía para asegurar la comparecencia de la persona pero, como se ha interpretado el alcance de esta medida, ella debe ser "razonable" y "necesaria" en todo momento²².

127

De otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del artículo 8.2 de la Convención Americana que se refiere a la presunción de inocencia, establece que de dicha disposición surge la obligación "estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva"²³.

5. Circunstancias que permiten decretar la medida de aseguramiento

5.1. Obstrucción de la justicia

El artículo 309 del nuevo Código de Procedimiento Penal concibe necesaria la medida para evitar la denominada obstrucción de la justicia, "cuan-

²² Comité de Derechos Humanos, Caso Hill y Hill vs. España, 1995. Según Guerreo, al interpretar este fallo, la "necesidad" se convierte en una parte implícita del carácter excepcional de la medida de detención y, por esa razón, el funcionario está obligado a dar cuenta de dicha necesidad en cualquier decisión de decretar la detención preventiva. Óscar Julián Guerrero, loc. cit., p. 12.

²³ Corte IDH, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, caso Suárez Rosero, párrafo 77.

do existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba". La norma se refiere también a la posibilidad de actuar el imputado contra ciertos sujetos. Así, agrega la disposición que se puede imponer medida cuando se considere que aquel "inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente". De igual manera, se hace posible la imposición, cuando se tengan motivos fundados para inferir que el imputado va a impedir o dificultar la "realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación".

128 La norma, que hace parte de manera general de aquello que en la doctrina se denomina "peligro de obstaculización", se funda —legitimación muy discutida por la doctrina— en la necesidad de preservar la prueba o de preservar la autenticidad de la declaración de testigos, o de los dictámenes de peritos, todo ello en función de la búsqueda de la verdad material. (Al respecto debe recordarse lo dicho en este trabajo sobre los límites de la búsqueda de la verdad material).

No obstante, esta búsqueda es legítima y es tarea del Estado asumirla, hace parte además de un derecho general que nos asiste a todos en la reconstrucción de la verdad. Pero en este punto la tensión entre la presunción de inocencia como principio rector de la actuación procesal y la búsqueda de la verdad material, se hace más compleja; el juicio del juez tiene que ser muy sofisticado. Llobert Rodríguez, en un texto fundamental en América Latina sobre la detención preventiva, considera que el peligro de obstaculización constituye una causal clásica de la prisión preventiva que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, "es conforme a la presunción de inocencia, ya que se persiguen fines de carácter procesal"²⁴. Así, según el autor, debe aceptarse esta causal, "ya que uno de los fines del proceso penal es el descubrimiento de la verdad, que se trata de garantizar a través de esta causal de prisión pre-

²⁴ Javier Llobert Rodríguez, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, Universidad para la Cooperación Internacional, San José, 1997, p. 225.

ventiva, cuando existe peligro de que el imputado intente falsear los medios de prueba"²⁵.

De todas maneras el autor da cuenta de la doctrina minoritaria que se opone a esta causal porque considera que ella introduce una distinción desigual entre sospechosos y no sospechosos, ya que estos también pueden obstruir en todo momento el accionar de la justicia. Lo importante, más allá de esta distinción sutil y difícil de sostener, es tener en cuenta, tal como lo advierte el autor, que esta causal es de "mucha menor importancia que el peligro de fuga, debiendo hacerse uso de ella de manera excepcional, ya que muchas veces la prisión preventiva con base en el peligro de obstaculización no es adecuada para evitar la falsificación de la prueba, debido a que esta puede ser llevada por personas ligadas al imputado, por ejemplo sus familiares, cómplices, etc."²⁶.

129

5.1.1. Los motivos "graves y fundados": especial atención en la evaluación por parte del juez de control de garantías

Especial atención deberá tener el juez en la evaluación de la noción de "motivos graves y fundados". A partir de ellos se adelanta el juicio de inferencia del juez de control de garantías. En el caso colombiano, la *gravedad* de los motivos no ha sido muchas veces tal; al contrario, ha tendido a suscitar un juicio ligero, de tal manera que cualquier comportamiento ha tendido a ser concebido inmediatamente como grave. Desde la expedición del denominado "estatuto para la defensa de la justicia" en 1990 –un verdadero estatuto procesal especial de orden público– la restricción sistemática de libertades y garantías, fundadas en una supuesta gravedad de los hechos, o en la protección de la *seguridad*, en numerosos casos sin ninguna explicación de los motivos de inseguridad, ha sido una constante en el caso colombiano.

Así como lo excepcional se ha convertido en muchas ocasiones en lo normal, la supuesta *gravedad* de los motivos se ha convertido en la condición normal para afectar la libertad de una persona. Las meras sospechas no resis-

²⁵ Ibidem, pp. 225 y 226.

²⁶ Ibidem, p. 226.

ten el juicio de razonabilidad o de necesidad que es fundamental en estos casos²⁷. Es importante recordar, en este punto, la sentencia de la Corte Constitucional de 2001 reseñada, que enfatizó, frente a la posibilidad de decretar la detención preventiva, el carácter de requisito sustancial –con amplia exigibilidad de fundamentación por parte del funcionario– de la demostración de los "indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso"²⁸. Un motivo grave, precisamente por ser de ese carácter, tiene que soportar una carga mucho mayor de fundamentación.

De otra parte, de acuerdo con el artículo, que puede descomponerse en tres niveles: uno relacionado con la posible manipulación u obstrucción de la prueba, el otro que se dirige más contra personas que pueden tener un papel en el proceso y el tercero, más concreto, que se refiere directamente a los funcionarios e intervinientes directos en el mismo, hay que aclarar que el juez debe saber exactamente qué tipo de prueba puede eventualmente destruirse o contra quién puede dirigirse una acción del imputado. Hay pruebas que por su misma naturaleza no pueden destruirse y hay personas frente a las cuales, por el tipo de conducta o las circunstancias en que esta se cometió, no pueden tener lugar las amenazas: el juicio del juez no puede ser abstracto, tiene que referirse a circunstancias muy precisas de acuerdo con los niveles mencionados. Además, como se verá, los requisitos –que deben leerse desde luego en clave constitucional siempre– establecidos en el artículo 309 se mezclan entre sí, especialmente aquellos que se relacionan con la conducta del imputado.

5.1.2 Estrategias de defensa y conducta del imputado

Debe tenerse en cuenta, finalmente, que en ningún caso los comportamientos propios de la estrategia de defensa, incluso el silencio –sobre el

²⁷ Aunque se trata del tema concreto de la detención preventiva administrativa, es importante reseñar aquí el estudio que diversos procuradores delegados hicieron en relación con disposiciones recientes que permitían dicha detención, todo ello basado, como ha sido habitual, en motivos o "indicios graves". Procuraduría General de la Nación, "informe analítico sobre informantes", en: Procuraduría, *Política de la PGN en materia de conmoción interior. El énfasis preventivo*. Bogotá, mayo de 2004, pp. 269 y ss.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. C-774 de julio de 2001.

cual se ha discutido arduamente en la doctrina— del imputado y, más allá, su reticencia a "colaborar" con la administración de justicia, no pueden ser concebidos como motivos graves o fundados para decretar la medida. Esto vale también, como se verá más adelante, cuando se trata de la posible no comparecencia del imputado, en función de la actitud asumida por él: esta debe tener relevancia solo en el contexto del artículo 309, cuando dicha actitud esté efectivamente obstruyendo la actuación de la administración de justicia. Recuérdese lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política, que contiene otra limitación de derecho penal liberal clásico a la búsqueda de la verdad material: "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

5.2. La posibilidad de la no comparecencia del imputado

131

Esta circunstancia, prevista como requisito en el numeral 3 del artículo 308 y luego definida en sus alcances por el artículo 312, se leerá en relación con lo dispuesto en el artículo 310 sobre el posible peligro de los actos del imputado para la comunidad y en relación con el artículo 311 que se refiere específicamente a las víctimas. Dice el artículo 312 que "para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible" se deberán tener en cuenta ciertas circunstancias.

Lo primero que se debe aclarar en relación con la norma es que de manera general, tal como se ha dicho, nunca la sola modalidad y gravedad del hecho y, menos aún, automáticamente el solo *quantum* punitivo previsto en una disposición, constituyen motivos suficientes para decretar la medida de aseguramiento.

La gravedad de la conducta no es hoy el fundamento para decretar una medida de aseguramiento; en el propio acto legislativo que reformó la Carta Política, no tiene ello una relevancia. Cuando el artículo 312 del Código establece que "además de la modalidad y gravedad del hecho", se deben tener en cuenta ciertas circunstancias, dicha modalidad y gravedad constituyen un marco general a partir del cual se analizan las demás condiciones; pero no significa que la gravedad sea el elemento central para evaluar la posible no compare-

cencia. Recuérdese, en este sentido, la sentencia de la Corte Constitucional reseñada sobre el tema: siempre se debe atender a los fines de la figura de la detención y esta no se puede aplicar de manera automática. Este es, además, el sentido real del detalle con que el Código en el artículo 312 busca definir las circunstancias que se deben tener en cuenta en función de los requisitos para decretar las medidas.

5.2.1. La falta de arraigo del imputado en la comunidad

La primera circunstancia relacionada con el imputado que se debe tener en cuenta es la siguiente: "La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto".

En relación con esta circunstancia que a su vez se subdivide en varias, rige plenamente aquello que hemos denominado aquí como *gradualidad* en tanto exigencia para el juez de control de garantías. Y como exigencia para darse la gradualidad, surge la necesidad de que el juez estudie con celo caso por caso, y sepa muy bien a qué realidad se refiere su juicio. Por ejemplo, en un país poblado de desarraigados, en un país con un fenómeno de desplazamiento forzado tan agudo —a más de la movilización permanente en función de mejores oportunidades de vida en un país pobre— el juez no puede evaluar la circunstancia de falta de arraigo de una manera radical, lo mismo el asiento de la familia y de los negocios.

El *peligro de fuga*, como se conoce esta serie de circunstancias, no puede ser evaluado de una manera ligera. El desplazamiento permanente de un lugar a otro, por ejemplo, en razón a la búsqueda de sustento, no puede ser visto como peligro de huida. Hay que ser especialmente cuidadoso con ello: no solo está presente aquí el respeto por la presunción de inocencia, sino también el hecho de evitar perjuicios graves a nivel laboral o en relación con los ingresos, cuando se detiene a una persona y se la deja sin opción laboral. Tanto más acertada será esta apreciación, si se tiene en cuenta que el sistema penal en nuestro país sigue adoleciendo de profundos niveles de selectividad, de manera que una gran cantidad de imputados siguen siendo reclutados en los sectores más vulnerables.

Esto es consistente, además, con la especial sensibilidad que el Código Penal vigente tiene respecto de ciertas condiciones especiales de vulnerabilidad. Tanto en las circunstancias de menor punibilidad, como en las circunstancias previstas en el artículo 56, el Código le permite al juez hacer auténtico ejercicio de criminología sin dejar de atender los postulados positivistas del derecho penal. Este artículo hace referencia a la realización de conductas bajo "la influencia de profundas circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la comisión de la conducta", y prevé disminuciones importantes en la aplicación de la pena. El juez debe ser un lector privilegiado de la realidad nacional.

En este punto, más allá de los estándares internacionales mínimos, de la necesidad de que el juez hoy sea en su juicio más complejo, al situarse en un contexto globalizado y con exigencias universales, el juez debe estar inserto efectivamente en la realidad muy particular del país para evaluar la conducencia de la medida cautelar. No es lo mismo por ejemplo la prohibición de salir de un territorio particular, que la prohibición de salir del país cada una de esas opciones merece un juicio gradual e independiente. Una sentencia de la Comisión Interamericana de Derechos humanos insiste en la noción de gradualidad en relación con el peligro de fuga o de huida. Para el organismo, si el peligro de huida es la circunstancia que amerita la medida cautelar, "las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianza, o en casos extremos la prohibición de salida del país"²⁹.

5.2.2. El daño causado y la actitud del imputado frente a este: una evaluación especialmente compleja

Las otras dos circunstancias aportadas por el artículo 312 se refieren a la "gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este", así como "el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena".

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bronstein Vs Argentina. 1997.

Diversas ideas expresadas previamente adquieren de nuevo consistencia aquí: el punto de partida es que todo proceso supone para el individuo una carga en sí. Por eso, la buena voluntad, la actitud del imputado, etc., deben medirse de la manera más objetiva posible, lejos de prejuicios morales y con una gran exigencia de razonabilidad. El derecho de defensa y sus alcances constituyen aquí un límite concreto a la evaluación del juez. Esto vale tanto para la evaluación del comportamiento del imputado durante el proceso actual, o respecto de otro anterior. Ya se dijo: una cosa es hacer trampa y ser desleal, por ejemplo burlar a la justicia de manera reiterada cambiando de domicilio y huyendo permanentemente, y otra cosa muy distinta es ejercitar el derecho constitucional de la no-autoincriminación. Aquí la noción de "colaboración con la justicia" debe ser revisada de manera permanente.

134

En relación con la gravedad del daño y la actitud del imputado frente a este, debe aclararse que el nuevo Código de Procedimiento Penal encuentra en la justicia restaurativa uno de sus pilares. Este modelo de justicia debe leerse, como todo el Código, en función del derecho penal mínimo. Es decir, en función de generar el menor daño posible. El derecho penal, como derecho sancionatorio, es un mecanismo institucional que produce menoscabo de bienes jurídicos. Evitar dolores inútiles es un cometido del derecho penal mínimo. Además, se trata de razones de eficiencia: mecanismos de reparación pueden ahorrar esfuerzos que se requieren para otros propósitos. El numeral 7° del artículo 250 reformado de la Carta Política, establece al final que la "ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa".

Sin que se genere una suerte de desinstitucionalización de la función penal o de privatización de la misma, mecanismos como la mediación, que permite al imputado desde una fase inicial del proceso manifestar su voluntad de reparar el daño causado, son interesantes y le pueden dar consistencia al Código. Delitos contra la propiedad por ejemplo, pueden ser amparados por estos mecanismos alternativos. Desde que no se conviertan estos en mecanismos perversos de aceptación —presionada— de responsabilidades que no se tienen, pueden ser concebidos efectivamente como expresiones de buena voluntad y de sentido de reparación a las víctimas. Hoy hace carrera la noción de *reparación* en relación con las víctimas. Por lo tanto, constituye una necesidad para el juez, advertir esta tendencia y ponerse a tono con ella.

5.3. El posible "peligro" para la comunidad o para la víctima

Como se dijo, las circunstancias contenidas en el artículo 312 pueden ser leídas en consonancia con las contenidas en los artículos 310 y 311. La primera de estas disposiciones, que busca aclarar los alcances del significado de peligro, como una circunstancia que posibilita la imposición de la medida de aseguramiento, establece lo siguiente: "*Peligro para la comunidad*. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias..."

Antes de analizar las mismas, debe decirse lo siguiente: la penosa experiencia de la primera declaración del estado de excepción bajo la nueva Carta Política, que se justificó bajo el supuesto de que la concesión de la libertad a "presos de especial peligrosidad" que cumplieran con el tiempo previsto para obtenerla, acarrearía un inminente peligro para la comunidad, tuvo lugar en razón al supuesto de que la libertad podía resultar peligrosa para la comunidad. (Exactamente en los mismos términos se encuentra redactada la norma que se estudia). Por esa razón, tal como se desprende de toda la discusión que se generó por varios años, ya que fueron diversas las declaraciones del estado de excepción que se adelantaron y varias las sentencias de la Corte Constitucional al respecto, lo primero que es necesario aclarar es que, en términos generales y en sí misma, la libertad de las personas no puede ser nunca concebida como una fuente de peligro para la sociedad.

Es posible que en un caso muy concreto, homicidios reiterados por ciertos actores sobre un grupo de víctimas y en cierto territorio por cierto tiempo; o el caso de un agresor sexual concentrado sobre un grupo de víctimas –menores por ejemplo– en un determinado territorio y otros casos, puedan dar pie a que se piense que habría un peligro potencial para ciertas personas en situación de riesgo. Pero el *peligro* no se debe a la *condición de la libertad*, se debe a los hechos concretos de una persona o grupo de personas que permiten prever una cierta consecuencia futura. De esta distinción depende, en el fondo y por más sutil que ella pueda aparentemente ser, el tipo de proceso penal que en la práctica tenga lugar en un país. Por esa razón, resulta en extremo problemática la redacción de la norma: "Si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad". Se repite: la libertad

en sí misma de una persona, precisamente porque es la condición natural del hombre en sociedad, no puede ser vista como causante de un peligro. La norma debe interpretarse de manera absolutamente restrictiva.

En el caso de la primera declaración de conmoción interior en virtud de una supuesta –nunca se dio en la forma masiva en que se dijo– salida de presos especialmente peligrosos de las cárceles, la pregunta central desde el derecho constitucional penal fue justamente si la aplicación del principio de libertad podía ser considerada como causante de una conmoción interior³⁰. Los argumentos de los jueces Alejandro Martínez y Ciro Angarita, ligados a su salvamento de voto en la primera sentencia sobre el tema fueron, luego de varios años de disputas, adoptados como pertinentes: la concesión de la libertad no puede ser considerada como generadora de una conmoción interior; menos en toda la República y, menos aún, puede ser considerada como fuente de peligro de una manera indiscriminada, incluso sin individualizar los sujetos más peligrosos, como ocurrió en la última declaración de conmoción en este sentido.

Cabe decir, al respecto, que en su momento la Fiscalía General de la Nación se refirió a un número abstracto de cerca de 800 detenidos de "extrema peligrosidad" que quedarían en libertad. Cuando la Corte Constitucional solicitó al ente investigativo los nombres y las características exactas de cada uno de los sindicados, la Fiscalía no los envió. Incluso, el informe de la Fiscalía Regional de Bogotá dijo simplemente que "por problemas en el sistema

³⁰ Se trata del decreto 1155 del 10 de julio de 1992, que constituyó la primera declaración del estado de conmoción interior bajo la recién promulgada Carta Política, y que fue dictado por el Ejecutivo con el objetivo de impedir la supuesta salida masiva de presos de especial peligrosidad que eran juzgados en la justicia regional. La sentencia que lo declaró exequible y respecto de la cual se dio un salvamento de voto especialmente importante en relación con la tensión entre principio de libertad y funcionamiento de la administración de justicia, fue la No. C-556 del 15 de octubre de 1992. En la lectura constitucional del nuevo Código de Procedimiento Penal, que se adelanta en el texto de Eduardo Montealegre y Bernal Cuéllar, se reseña este problema y se aclara que este tipo de supuestos niega la "capacidad de autodeterminación de la persona al presuponer, sin prueba alguna, que la libertad de sindicados por ciertos delitos conducirá inexorablemente a la alteración del orden público". *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 50.

informativo de la regional no ha sido posible identificar los nombres"³¹. Por ello, la Corte, en su declaración de inexequibilidad del decreto de excepción, aclaró lo siguiente: "La capacidad para alterar el orden público debe deducirse de una serie de elementos fácticos, diferentes del simple dato numérico abstracto de 'detenidos que podrían quedar en libertad'. Enseguida, agregó el juez constitucional: "Si la concesión de libertad a una persona se establece como motivo de perturbación del orden público, lo mínimo que se exige es la identificación de dichas personas"³².

Debe agregarse, finalmente, que en toda la literatura especializada se enfatiza el hecho de que la medida cautelar que se adopte tiene que hacerse de acuerdo con cada caso específico y de acuerdo con las circunstancias particulares del mismo. En temas tan delicados no es de ninguna manera permisible que se tomen medidas de "bulto", y de manera abstracta e indiscriminada contra varias personas. Así, analizando el caso del peligro de huída, un autor citado aclara: "Es aceptado que el peligro de fuga no puede afirmarse en forma esquemática de acuerdo con criterios abstractos, sino que debe analizarse conforme al caso concreto. Por ello, el hecho de que se ordene la prisión preventiva de un imputado, o se sustituya dicha medida por otra menos gravosa, no debe llevar a afirmar que con base en el principio de igualdad debe actuarse de la misma manera con respecto a los otros imputados"³³.

En el Código de Procedimiento Penal que entrará a regir en enero de 2005, en los numerales 1 a 4 del artículo 310, se hace un esfuerzo por reseñar ciertas circunstancias particulares que deben servir al juez para la elaboración y sustentación de su juicio. Pero ellas deben ser leídas, como se ha advertido, no en función del peligro potencial representado hipotéticamente por la libertad, sino en función del peligro específico de ciertos actos que pueden ser posiblemente cometidos por un imputado. (Esto es consecuente, además, con un derecho penal del acto o del hecho, y no de un derecho penal de autor, que

³¹ Informe de la fiscalía presentado al juez constitucional. Corte Constitucional, sentencia No. C-300 de julio de 1994, en: *Gaceta Constitucional*, Tomo 7, Bogotá, p. 291.

³² *Ibidem*, p. 291 y s. Es muy importante recordar, que el nuevo Código de Procedimiento Penal establece, claramente, en el artículo 128, que: "La Fiscalía General de la Nación estará obligada a verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales". Se trata, desde luego, de una consideración elemental.

³³ Javier Llobert Rodríguez, op. cit., p. 214.

podría desprenderse de una disposición que de entrada establezca que la libertad de los individuos puede ocasionar en sí un peligro para la comunidad). Las dos primeras circunstancias a las cuales se alude para considerar que los actos de una persona pueden ocasionar peligro son: "La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales" y "el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos".

138

Como se dijo previamente, el juez debe valorar con mucho cuidado este tipo de circunstancias, particularmente por el hecho de que la legislación penal está poblada de normas que son muy dudosas desde el punto de vista dogmático, que anticipan la punibilidad, que crean confusión al momento de la aplicación de los tipos penales, y que hacen parte de legislaciones penales especiales muy ligadas a situaciones coyunturales. Por eso, se debe ser especialmente cauteloso con fórmulas legislativas como concierto para delinquir y otras normas que inmediatamente pueden dirigir y condicionar el juicio del juez frente a la posible peligrosidad de una persona. El nuevo Código de Procedimiento Penal debe servir como oportunidad para que los jueces afinen su juicio frente a la legislación penal sustancial y para que reinterpreten los alcances de las normas.

Por ejemplo, siguiendo el problema planteado, el artículo 58 del Código penal, en su numeral 10, considera una circunstancia de mayor punibilidad el hecho de "obrar en participación criminal". La consagración de esta circunstancia se presta para que en algunos casos ella se pueda agregar a formas del concurso necesario, como puede ser el concierto para delinquir o delitos que presuponen un sujeto activo plural, con el fin de agravarse la conducta. (Y el fundamento que estaría detrás de todo ello, sería la "peligrosidad" que se da por supuesta).

Es el juez el que debe decidir sobre este punto que es problemático: debe tener en cuenta, de una manera general, el Código Penal en función del Código de Procedimiento, no para juzgar de una manera automática en relación con ciertas conductas, sino para analizarlas con mayor rigor. Esto vale también, desde luego, respecto de la segunda circunstancia que consagra el artículo 310: "El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos".

Luego el artículo 310 agrega dos circunstancias finales: El hecho de estar una persona acusada, o de encontrarse ella sujeta "a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional". Debe decirse que el principio de la gradualidad no puede obrar en la práctica como una especie de concesión del juez, es decir, cuando un imputado se encuentra bajo una medida sustitutiva de la pena privativa de libertad, no se debe entender ello como una concesión o como una dádiva de la administración de justicia: es una medida impuesta de acuerdo con un análisis de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Por ello, no se trata de imponer entonces, de manera automática la medida restrictiva de la libertad, una vez se tenga la sospecha de que el individuo que goza de una medida sustitutiva no ofrece ya una garantía de colaboración con la justicia o que constituye un peligro. Todo cambio debe ser muy bien justificado. El principio de gradualidad es una herramienta dogmática con sustento constitucional y legal, y por eso todas las decisiones que se tomen en relación con la sustitución de una medida por otra, deben ser razonablemente fundadas.

139

5.3.1. De nuevo el principio de gradualidad: humanización del proceso penal

A propósito de la gradualidad, debe anotarse que el Código establece formas de sustitución de medidas cautelares, que pueden concebirse en el terreno de este principio. Por ejemplo, el artículo 314 consagra la posibilidad de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por la detención en lugar de residencia. Aquí el juez debe tener en cuenta una serie de circunstancias, situadas en el contexto de la humanización del derecho penal, en las cuales los fines procesales –partiendo de la base de que estos son los que legitiman las medidas– se cumplen en la detención domiciliaria. El numeral 1° es más ambiguo y genérico: "Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición".

El juez, como ya vimos y lo exige el Código, debe permanecer en todo momento acucioso para revisar las circunstancias de privación de la libertad. Incluso en este aspecto es necesario trabajar tanto como en aquél relacionado con la toma inicial de la medida. Al contrario de prácticas tradicionales, a partir de las cuales se hacía evidente el descuido de los funcionarios, tanto en relación con la revisión permanente de las condiciones en las que se ejecutan las medidas cautelares, como de las circunstancias que dieron pie para que estas se adoptaran, bajo la nueva legislación se hace evidente la exigencia de revisar de manera permanente dichas circunstancias.

140

Como se ha dicho, los siguientes eventos que contempla el artículo 314 pueden considerarse en el contexto de la *humanización* del proceso penal. La norma consagra circunstancias que tienen que ver con la edad del imputado —cuando este tenga 65 años—. Ella autoriza también la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria, de acuerdo con consideraciones especiales relacionadas con mujeres que se encuentran próximas a dar a luz; situación de enfermedad grave —lo cual hace que el juez pueda decidir si opta por que la detención se lleve a cabo en el lugar de residencia, en hospital o clínica—; o autoriza la sustitución también frente al caso de que la imputada o acusada fuese persona cabeza de familia de hijo menor de 15 años, o cuando padeciere enfermedad mental. (El Código busca ponerse a tono con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional y establece tratos especiales que no deben entenderse como afirmación de privilegios).³⁴

En relación con el principio mencionado, debe agregarse, finalmente, que uno de los fundamentos del control de garantías es lo que en la doctrina se denomina "prohibición de exceso". Ello está relacionado tanto con el principio de gradualidad, como con la fundamentación de necesidad y proporcionalidad de la medida. Significa que si el fiscal solicita a un juez de control de garantías una medida en particular, el juez puede, luego de una evaluación pertinente, desechar los argumentos del fiscal en función de dicha medida, y resolver imponer otra, siempre y cuando, desde luego, sea esta menos grave-

³⁴ En todos estos casos, advierte el Código finalmente, el beneficiario deberá suscribir un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados. El juez, además, podrá tomar ciertas medidas especiales para garantizar dicha permanencia, como es por ejemplo la obligación para el imputado de someterse a vigilancia electrónica.

sa y favorable al principio de libertad. Se trata de un tránsito, en la inferencia del juez, de los "límites mayores", a los "límites menores", en relación con las medidas de aseguramiento.

En estos eventos, la ponderación debe ser fina, pues es claro que cuando se trate de la detención preventiva, cualquiera otra medida no restrictiva de la libertad será en principio menos gravosa. No obstante, cuando se está ante aquellas que componen el literal B del artículo 307 del Código, la ponderación se puede hacer más compleja. Ya vimos, por ejemplo, que para la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, la prohibición de salir del país es una medida extrema y merece mayor justificación; en igual sentido se puede hacer referencia a la prohibición impuesta a una persona, de salir de un ámbito territorial determinado. La prevalencia del principio de libertad no solo se relaciona con el hecho de ponderar las consecuencias que trae consigo la privación de la libertad en sitio de reclusión, sino también con el hecho de ponderar las consecuencias que para una persona trae la limitación de su ejercicio laboral y, por lo tanto, la incidencia directa de ello sobre su sustento personal y familiar.

141

5.3.2. La noción de "peligro" en el derecho penal sustancial

En relación con la noción de peligro, no está de más recordar que no solo a nivel procesal, es esta una noción muy compleja y muy problemática, sino que lo es también para el derecho penal sustancial. La sociedad de riesgo, la gran cantidad de acciones imprudentes, ha hecho que, tanto en el campo doctrinal como jurisprudencial, se tengan en cuenta nuevas reglas de imputación penal. Pero esfuerzos interesantes como la teoría de la imputación objetiva, han encontrado en la noción de peligro –asociada en este caso a la de riesgo– una noción particularmente difícil de conceptualizar.

Roxin lo acepta así expresamente y no es por ello causal, además, que su tratamiento de los delitos de peligro –tanto de carácter abstracto como concreto– en su Tratado de Derecho Penal, lo haga dentro de la parte correspondiente a la imputación al tipo objetivo y aclare que en el caso de los denominados tipos de peligro, a pesar de que "su número aumenta cada vez más

en la legislación moderna, su investigación sigue estando en los inicios"³⁵. Lo que sí es claro es que quedaron atrás los tiempos del peligrosismo positivista, afincados sobre la idea de una diferencia radical entre el buen y el mal ciudadano, y sobre la premisa de que quien delinque es una especie de enfermo peligroso. Incluso, en la posibilidad de que haya restricción de garantías en función de una peligrosidad basada en la reincidencia, por ejemplo, el juicio del juez no debe soportarse bajo aquel peligrosismo –ese sí en extremo peligroso– para un derecho penal auténticamente basado en la Constitución.

5.3.3. El posible peligro para la víctima

142 Finalmente, hay que reseñar el artículo 311 del Código que concreta las anteriores consideraciones alrededor del eventual peligro que puedan representar los actos de una persona para la comunidad, en el caso particular de la víctima. Dice la disposición que "se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atacar contra ella, su familia o sus bienes". Se trata de una innovación del Código que debe interpretarse de acuerdo con lo anteriormente señalado, al mismo tiempo que debe interpretarse en función del papel central que la nueva legislación procesal penal concede a la víctima³⁶.

Podría ser posible que el concepto de víctima se amplíe, de tal manera que por víctima no se entienda solo la misma persona contra la cual en algún momento se ha cometido una conducta, o sus familiares. Podría pensarse que víctima puede ser un sujeto potencial que viva en una situación de riesgo particular. El Código Penal consagra por ejemplo ciertas conductas que hacen parte de lo que puede denominarse el núcleo duro de derechos humanos y que hacen parte de la implementación en el derecho interno de los denominados crímenes internacionales, como es el caso del genocidio, la tortura, el

³⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1999, p. 403.

³⁶ Dentro de la extensa bibliografía que existe al respecto, se puede destacar aquí a manera de ejemplo, el texto publicado en Buenos Aires con aportes de Hirsch, Albin Eser, Julio Meier, entre otros, bajo el título *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, 2001. También el texto contenido en el grupo de trabajos de Roxin, recientemente traducido por Óscar Julián Guerrero y reseñado previamente, "La posición de la víctima en el sistema penal". Loc. cit., pp. 71 y ss.

desplazamiento forzado y la desaparición forzada; también se han consagrado las infracciones al derecho internacional humanitario. Podría pensarse en este sentido que un grupo de personas, que no conforman necesariamente la *comunidad* en los términos del artículo 310, pero que están en riesgo de ser objeto de desplazamiento forzado, o que entre ellas algunas personas lo han sido ya, sean consideradas todas como víctimas en los términos del artículo 311. Es decir, el concepto de víctima no solo se restringiría al sujeto pasivo en sí de una conducta o a un miembro de su familia³⁷.

Lo mismo podría pensarse en relación con delitos sexuales que de manera reiterada se cometan en un cierto territorio o vecindario. Sujetos especialmente vulnerables, como niños o mujeres en especial condición de inferioridad, pueden ser comprendidos en un concepto más amplio de víctima que el que maneja el artículo 311. Ello, desde luego, teniendo en cuenta todo lo dicho sobre la ambigüedad de la noción de peligro, lo cuidadoso que debe ser el juicio del juez en estos casos y sin pretender crear una tercera noción intermedia entre la noción de comunidad y la de víctima en concreto: hay que evitar todo juego de abstracciones que son las que más daño le hacen al juego procesal limpio.

143

6. El proceso contradictorio: ampliación del derecho de defensa

Lo dicho anteriormente en relación con la revisión de las medidas, con la fundamentación en la toma de las mismas, y lo previsto en el artículo 318 sobre solicitud de revocatoria de dichas medidas, en virtud del cual se permite a cualquiera de las partes pedir revocatoria de la medida o sustitución de la misma, "presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308", nos lleva a un aspecto interesante que se coloca en la médula del nuevo sistema.

³⁷ Sobre la incorporación al derecho público interno de los crímenes internacionales, fenómeno del cual debe dar cuenta hoy el juez de garantías de acuerdo con una de las causales de aplicación del principio de oportunidad, ver: Alejandro Aponte, *Informes nacionales. Colombia*, en: Kai Ambos y Ezequiel Malarino, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck para derecho penal internacional, Montevideo, 2003, pp. 201-258.

De acuerdo con el nuevo Código, pueden ser varias las oportunidades para solicitar la medida de aseguramiento. Conforme a la estructura de este modelo especial de *justicia rogada*, una oportunidad más razonable sería la que establece el artículo 287, relacionado con las situaciones que determinan la formulación de la imputación. El Código, luego de establecer en el artículo 286 qué significa "formulación de imputación", agrega que el fiscal puede hacer la imputación fáctica cuando "de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga". Enseguida, la norma aclara: "De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda".

144

Esta es entonces una ocasión fundamental para solicitarla. No obstante, puede ser que no sea procedente la solicitud de la medida en ese momento, porque no se cumplan los requisitos previstos por el Código. En este caso, ella se puede solicitar en audiencia preliminar. Este tipo de audiencias ha sido previsto, de acuerdo con el artículo 153, para aquellos casos en los cuales ciertas actuaciones, peticiones y decisiones que no se han adelantado, resuelto o decidido en la denominada audiencia de formulación de acusación, preparatorio o del juicio oral, lo puedan ser en aquellas. Luego, el artículo 154 reseña las diversas modalidades de audiencias preliminares. Una de ellas, la reseñada en el numeral 4°, se refiere a aquella que resuelve la petición de medida de aseguramiento.

Por su parte, el artículo 306 establece que el "fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente". La norma agrega: "Escuchados los argumentos del fiscal, ministerio público y defensa, el juez emitirá su decisión". El precepto finaliza subrayando la importancia de la defensa: "La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia".

Surge entonces la siguiente pregunta: ¿Qué papel juega la defensa en esta audiencia? ¿Qué papel juega frente al juicio final de inferencia fundado razonablemente que se le exige legalmente al juez? ¿Se limita la defensa tan solo a desvirtuar, argumentativamente, o tiene ella la posibilidad de

contrargumentar solicitando y aportando material probatorio? ¿Qué alcance tiene la noción de "controversia pertinente"?³⁸

Para responder, es necesario aclarar que la denominada justicia rogada, no se caracteriza tan solo por la petición que hace el fiscal al juez para que este tome una determinada decisión, ni mucho menos se caracteriza por la toma de decisión automática sin examen riguroso por parte del funcionario judicial. Corresponde, al contrario, a su naturaleza, el hecho de que la defensa y el ente acusador se colocan en plano de igualdad frente a la discusión argumentativa y probatoria sobre los requisitos y fundamentos para adoptar la medida cautelar. La esencia del principio de contradicción es el debate reglado donde el papel de la defensa no es pasivo, sino en igualdad de condiciones: si la decisión final se basa en aspectos de amplia discusión como "motivos graves y fundados", como la peligrosidad de una persona, como su comportamiento y buena voluntad, etc., es elemental concluir que este debate pasa por el acopio y presentación del material probatorio, no solo por parte del fiscal, sino por parte de la defensa. Además, como se ha advertido, el juez debe revisar permanentemente los motivos y circunstancias que lo llevaron a adoptar la medida, y las partes pueden pedir que esta se sustituya o revoque. Por lo tanto, esto refuerza la idea planteada acerca de las posibilidades abiertas para la defensa en torno a los requisitos y fundamentos de la medida.

Es importante destacar que la Fiscalía General prohija la interpretación aquí asumida. El ente acusador la fundamenta en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 288 del Código. Este, haciendo relación al contenido de la formulación de imputación, aclara que la "relación clara y sucinta de los hechos" no implica el descubrimiento de los elementos materiales probatorios o de la información o evidencia física. No obstante, la norma agrega, en la segunda parte de este numeral, que ello es conducente, "sin perjuicio de lo requerido para solicitar la medida de aseguramiento". De esta forma, se entiende que en

³⁸ Es importante reseñar aquí el texto de Claus Roxin sobre el papel de la defensa en el proceso penal. Si el tema que nos ocupa, tal como se ha visto, se coloca en el marco de la tensión entre aseguramiento procesal del imputado en función del desarrollo del proceso y respeto de la presunción de inocencia, es claro entender que el "defensor es el garante jurídico- constitucional de la presunción de inocencia del inculcado". Claus Roxin, *Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del Estado de derecho*, en: Roxin, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, loc. cit., p. 41.

relación con el material probatorio, la evidencia física y la información relacionada concretamente con la medida, sí hay debate y sí hay contradictorio con el acopio de pruebas³⁹.

Puede agregarse, finalmente, que el artículo 320 establece que el juez que profiera, modifique o revoque una medida de aseguramiento, deberá informarlo a la Fiscalía General de la Nación y al DAS, a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la decisión. Además —lo cual guarda relación con la necesidad de sistematizar hoy todas las actuaciones y guarda también relación con la necesaria individualización de las personas en el proceso penal— la norma concluye que "tales datos serán registrados y almacenados en el sistema de información que para el efecto llevará la Fiscalía General de la Nación".

7. Alcances y límites de la "imputación fáctica"

La primera parte del artículo 287 reseñado del Código merece una atención especial. Esta norma, acusada por algunos doctrinantes como confusa y muy mal redactada, ocasiona situaciones muy complejas y problemáticas⁴⁰. Se trata de los límites y el alcance de la noción de imputación fáctica que introduce la norma, tratándose de la formulación de la imputación y, además, si es procedente, tratándose de la solicitud eventual de la medida de aseguramiento. La noción de imputación fáctica se hace más problemática cuando se subraya la inferencia razonable que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito que se investiga.

Las voces más ortodoxas en relación con la norma, enfatizan el hecho de que la imputación del fiscal deberá ser meramente fáctica y que, por lo tanto, deberá estar desprovista de consideraciones jurídicas; como conse-

³⁹ Se trata de una posición de la Fiscalía sostenida en los diversos ejercicios de simulación que se han adelantado en los meses de octubre y noviembre de 2004, a instancia del Consejo Superior de la Judicatura y de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

⁴⁰ En este volumen, tanto Óscar Julián Guerrero como Gerardo Barbosa se ocupan de esta norma. El primero sostiene una visión muy crítica, desde el punto de vista del derecho internacional y de los límites constitucionales, a imputaciones con consecuencias sobre los derechos y las garantías. Ver, al respecto, el acápite de su trabajo, denominado "Funciones de control relativas a la impulsión de la fase de investigación".

cuencia de ello, el papel del juez será estrictamente pasivo, y él solo debe obrar en la práctica como "instrumento" a través del cual se formaliza la imputación al imputado. Se subraya que el juez no *puede* introducir criterios de valoración jurídica, ya que ello significaría una intromisión en la función de investigación de la Fiscalía.

Para pensar en los desafíos que genera la norma y para revisar esta posición ortodoxa, es importante detenerse en el sentido mismo de la noción de imputación. En la Teoría Pura del Derecho existe la formulación clásica de la misma. Como se sabe, para Kelsen, Imputación (*die Zurechnung*) "es el término que designa una relación normativa".⁴¹

Este es el punto de partida para la comprensión de la noción de imputación; es, además, el punto de partida para establecer una diferencia central para poder pensar el mundo del derecho: en el "ser", es decir, en la naturaleza, existe causalidad; en cambio, en el universo del "deber" o del "deber ser" como se ha entendido este concepto en países de tradición latina, no existe causalidad, existe imputación. Esta constituye, como se ha dicho, un principio de conexión, un "enlace", subraya Kelsen. Imputar es "atribuir". En el caso del derecho penal, de manera general, "la imputación, que recibe expresión en el concepto de imputabilidad no es, como supone la teoría tradicional, el enlace de una determinada conducta con el hombre que la lleva a cabo; para ello no se requiere establecer la relación mediante una norma jurídica, puesto que no cabe escindir la conducta del hombre que la realiza (...). La imputación que recibe expresión en el concepto de imputabilidad es el enlace de determinada conducta, a saber, un delito, con su consecuencia punitiva"⁴². Finalmente, agrega Kelsen: "De ahí que pueda decirse que la consecuencia de lo ilícito es imputada (atribuida) a lo ilícito, pero no que esa consecuencia sea efecto de lo ilícito, como su causa"⁴³.

Así, entonces, se repite la conclusión: en la naturaleza existe causalidad, en el derecho, imputación. Todo ejercicio de imputación presupone, por princi-

⁴¹ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*. Se trabaja aquí la edición de Porrúa, México, de 2003, con traducción de la segunda edición corregida y reelaborada por Kelsen del año 60, p. 194.

⁴² *Ibidem*, p. 96.

⁴³ *Ibidem*, p. 96.

pio entonces, que se está en el mundo, construido por el hombre, del orden jurídico. Este se halla compuesto de normas. Las normas son, para Kelsen, "esquemas de explicitación conceptual", son mecanismos que dan sentido particular y específico a las acciones humanas o a los acontecimientos externos. Las acciones que tienen lugar en la naturaleza, en el mundo del derecho, no tienen significado jurídico (este es el punto de partida para entender el enunciado del artículo 287). Una acción humana en sí, por ejemplo, la lesión de una persona a otra, no tiene como tal un sentido jurídico; "lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural —es decir: en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza—, sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta"⁴⁴. Y dicha significación la da la norma como un esquema general de sentido de los actos en el mundo particular del derecho. Y el principio de conexión, el enlace, el mecanismo genérico para "elevar" —si se permite la expresión— un acto del ser, del mundo de lo social, al mundo del derecho, y de generar en él las consecuencias previstas por el orden jurídico, es la imputación.

En el mundo del ser no existe entonces delito; esta es una construcción normativa. Por eso existe una teoría general del delito. Este es, en la tradición del mismo Kelsen, el magnífico descubrimiento del derecho penal liberal clásico, en la formulación de Carrara: "El delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico (...). El delito es un ente jurídico, porque su esencia consiste indeclinablemente en la violación de un derecho"⁴⁵. El delito es entonces una construcción normativa; y, con él, nociones como autoría, participación. Estas no existen en el mundo fáctico. Se entiende, desde la ortodoxia y buscando cierta pureza en el esquema procesal, que la norma estudiada pretende desligar la imputación de toda referencia normativa y evitar la intervención del juez con criterios jurídicos que puedan desestructurar el ejercicio constitucional de la función de investigar. Pero esto no es posible. No solo por los conceptos, normativos estrictamente, de autoría y participación que deben tenerse en cuenta a propósito de una inferencia razonable, sino por aquellos que se deri-

⁴⁴ Ibídem, p. 17.

⁴⁵ Francesco Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*. Parte generale, Vol I, Lucca, 1889, pp. 27-28.

van casi automáticamente de la formulación de la imputación⁴⁶. Si se quiso establecer simplemente que el fiscal indica al imputado un hecho empírico o una serie de hechos fácticos, entonces la referencia de la norma a la noción de imputación es incorrecta.

El juez no será, entonces, frente a imputaciones que entrañan esquemas de sentido con consecuencias jurídicas —por demás, frente a los derechos y garantías, a pesar de no discutirse aún la responsabilidad— un mero instrumento a través del cual se va a formular una imputación al imputado. Su control del sentido de la inferencia razonable que hace el fiscal de la posible autoría y participación —y demás constructos dogmáticos— hace que su ejercicio sea necesariamente activo. Un hecho surge además como fundamental: si una de las consecuencias de la formulación de la imputación es el posible allanamiento del imputado a aquello que se le imputa, como no se trata de un ejercicio de simulación, sino de la realidad jurídica y trae consecuencias jurídicas concretas, no es posible entender que un imputado se allane a cargos meramente fácticos. Lo fáctico, en este aspecto, tendrá siempre relevancia jurídica.

149

El detalle con que se ha abordado este tema y la referencia a Kelsen, se hace con el propósito de desentrañar aspectos generales relacionados con el nuevo proceso; no se agota en el análisis del primer enunciado del artículo 287. Hace relación al carácter mismo de las decisiones que en general tomen los jueces de garantías y todos los actores del proceso. Aquí se hará relación, en el caso de las medidas cautelares, a la posible reacción social frente a decisiones de los jueces en las que prevalezca el principio de libertad, de acuerdo con la nueva normatividad.

También es posible otro tipo de reacciones de otras instituciones o funcionarios. Ello hace parte, sin embargo, de universos distintos al mundo del derecho. En este, se debe actuar conforme a las normas jurídicas, que no solo

⁴⁶ En uno de los ejercicios de simulación adelantados como parte de los programas de capacitación promovidos por el Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial, con intervención de todos los actores del nuevo proceso, en una audiencia de control de la imputación, a esta última se agregaba, además de la noción de autoría, el hecho del concurso de delitos. Es decir, no solo se imputaba una situación posible de autoría, sino un concurso de conductas punibles. Es fácil concluir, entonces, que este tipo de imputación está dotada de sentido y consecuencias jurídicas que deben ser controladas por el juez.

son esquemas o instrumentos de sentido, sino que condicionan las consecuencias de las acciones humanas en el mundo particular del derecho. Si se cumplen las condiciones establecidas por el orden jurídico, para que un juez de control de garantías tome por ejemplo una decisión que otorga la libertad a una persona, o para que sustituya una medida de aseguramiento por otra menos gravosa, debe hacerlo, porque esa es su tarea: es el sentido último de la legalidad —entendida en su versión más compleja como bloque de constitucionalidad— a la cual debe sujetarse el operador de justicia.

8. "Causales de libertad": ¿Hacia una prevalencia efectiva del principio de libertad?

150

El artículo 317 del nuevo Código de Procedimiento Penal contiene aquellas circunstancias que dan lugar al otorgamiento de la libertad al imputado que ha sido objeto de la imposición de medidas cautelares. La norma establece que las "medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación". Enseguida la norma aclara tajantemente que "la libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato...". Luego reseña los eventos en los cuales deberá ordenarse la libertad del imputado⁴⁷.

⁴⁷ Antes de desarrollar estos eventos, cabe reseñar aquí un hecho con interés desde el punto de vista del derecho comparado. En una discusión del autor con profesores alemanes, en relación con las declaraciones del estado de conmoción interior motivadas por la supuesta salida masiva de presos de las cárceles y a partir de las interpretaciones encontradas sobre el alcance del párrafo del antiguo artículo 415 del Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991), y en relación con el título de la norma, "*libertad del procesado*", se generó la siguiente discusión. Para Heike Jung y Guido Britz, profesores de derecho procesal penal comparado de la Universidad del Saarland, en el verano de 1998, suscitó un interés particular la existencia de una norma que hiciera referencia explícita a causales que dan lugar a otorgar la libertad. Al contrario, dijeron: lo que deben existir son las causales que regulen expresamente las condiciones bajo las cuales se puede restringir la libertad, no para los eventos en que esta se otorga. El punto de partida era claro: si la condición natural del hombre en sociedad es la libertad, entonces el derecho procesal penal debe regular tan solo los casos en los cuales de manera excepcional ella se restringe, no los casos en los cuales ella se otorga. Por ello causaba hilaridad una norma que se refiriera a la "libertad del procesado". Se les explicó, no obstante, que esta norma era muy importante, pues el principio general que había hecho tradición, era la restricción de la libertad y por eso era de especial interés reseñar los eventos en que ella se recobraba. En este sentido, el nuevo Código, como se ha advertido desde el principio, al aclarar el carácter excepcional de la restricción de la libertad, avanza de manera fundamental. De hecho, el artículo que se estudia, que hace referencia a las causales de libertad, debe ser leído en función de dicho avance y corresponde a la comunidad jurídica y muy particularmente a los jueces de control de garantías, hacer que en la práctica se haga efectivo el principio de restricción excepcional de la libertad.

Lo primero que es necesario advertir en relación con la norma, es que ella debe interpretarse en clave garantista, en función de la advertencia del mismo Código acerca del carácter excepcional de la restricción de la libertad y en relación con todo lo dicho hasta ahora. Se advierte, de entrada en la norma, que ella no hace referencia a causales que han significado en la práctica que la detención preventiva obre como pena anticipada. Recuérdese por ejemplo el numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal de 1991 que establecía el derecho a la libertad provisional, cuando "en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele".

Si se tiene en cuenta que se trata aquí, en general, de delitos de especial gravedad, esta norma —que traducía un hecho notorio en la práctica— ha expresado la posibilidad de que un acusado permanezca en detención preventiva, sin haberse declarado nunca responsable, el mismo tiempo previsto para la sanción de la conducta investigada. Es decir, una cantidad de años que desvirtúa cualquier sentido o cualquier justificación que tenga la adopción de la medida provisional. Incluso si la medida de aseguramiento se llega a considerar como una pena, la detención en estas circunstancias va más allá de la justificación de las propias penas. (En ellas la duración, en función de los fines y principios de la pena, también es un motivo de arduas discusiones).

Así, entonces, una disposición como esta, equivale en la práctica a una especie de "declaración de bancarrota" estatal, en virtud de la cual se reconoce que no se tienen los medios para investigar racionalmente el hecho cometido por una persona, y por eso es posible que ella permanezca años en detención preventiva sin ser hallada responsable.

El artículo 365 de la ley 600 de 2000, que también conservó la denominación equívoca de "libertad del procesado", conservó igualmente esta causal inexplicablemente, ya que el Código fue elaborado teniendo en cuenta los preceptos constitucionales y el principio de integración. No obstante, la jurisprudencia, tanto constitucional como penal especializada, se encargó de limitar sus efectos en la práctica. Por ejemplo, defendiendo el postulado constitucional de la presunción de inocencia, la Corte Constitucional señaló que "se debe insistir en que la finalidad de la detención no es reemplazar el término de la pena y que la posibilidad del cómputo previsto en la ley, no genera el poder

para la autoridad judicial de disponer de la libertad del sindicado hasta que se cumpla el término que dure la pena, ya que de admitirse esta circunstancia, se vulneraría flagrantemente la presunción de inocencia y el debido proceso, ya que se cumpliría anticipadamente una sanción sin haberse declarado judicialmente la responsabilidad de un sindicado"⁴⁸.

La Corte insiste y limita el carácter de pena anticipada que ha tenido la detención preventiva en la práctica: "Es preciso condicionar la constitucionalidad de las disposiciones que consagran la figura del cómputo de la detención en el sentido de limitar, en las circunstancias de vacío legal, su término de duración a un plazo razonable, justo y proporcional con el fin de evitar que la medida se convierta en un anticipado cumplimiento de la pena"⁴⁹. Todo el avance que se ha dado en los últimos años en relación con la noción de "tiempo razonable", en función de la detención de una persona, significa un esfuerzo para evitar que en la práctica se vuelva a convertir la detención preventiva en una pena anticipada⁵⁰.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. C-774 de 2001, Rodrigo Escobar Gil. Fundamento 5.5.

⁴⁹ *Ibidem*, Fundamento 5.5. En el nuevo Código no existe una disposición semejante y no es necesario hacer esfuerzos jurisprudenciales adicionales para establecer el carácter limitado de la detención preventiva. (Como se verá más adelante, la ambigüedad de la noción de "determinación anticipada" de la pena, que trae el artículo 317 inciso 1. no debe interpretarse como una disposición *sui generis* que permita de nuevo pensar que una persona detenida provisionalmente pueda permanecer en establecimiento carcelario el mismo tiempo previsto de manera abstracta en la sanción penal de una conducta).

⁵⁰ La noción de tiempo razonable ha sido una preocupación manifiesta tanto en la jurisprudencia internacional, como en la nacional. En este caso, manifiesta en la sentencia No. C-774. También lo ha sido en la doctrina. Al respecto, debe reseñarse el muy importante texto de Daniel Pastor que analiza todas las cuestiones pertinentes en relación con el problema: la jurisprudencia internacional, la historia del derecho fundamental del imputado a ser juzgado en un tiempo razonable y los casos en que esta historia se ha venido configurando, las consecuencias jurídicas de un proceso penal excesivamente largo, etc. El trabajo se denomina: *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Ad Hoc y Fundación Konrad-Adenauer, Buenos Aires, 2002. También se debe destacar el trabajo de Santiago Ottaviano, dedicado, a partir de la interpretación de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia, a la limitación temporal de la prisión preventiva, "La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal", en Luis M. García, *Los derechos humanos en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 203 y ss. En los países que han asumido un sistema acusatorio, una de las preocupaciones centrales, en el proceso de evaluación del sistema, ha sido la referida a la duración de los procesos y, en este contexto, a la razonabilidad de los términos de la duración de la detención preventiva. Es el caso de la investigación dirigida por Adrián Marchisio, *La duración del proceso penal en la República Argentina a diez años de la implementación del juicio oral y público en el sistema federal argentino*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004. Este punto representará sin duda, en el caso colombiano, una de las fuentes más importantes de evaluación del nuevo sistema hacia el futuro.

8.1. Dificultades para investigar vs. libertad del imputado: una falsa disyuntiva

Los argumentos que de manera tradicional se han esgrimido para justificar la existencia de causales como la que se ha mencionado, subrayan el hecho de la existencia de dificultades extremas que el Estado debe afrontar para llevar adelante las investigaciones: habría una especie de tensión entre dificultades estructurales de la administración de justicia, y libertad del imputado. Durante años se ha llegado a defender la tesis según la cual dichas dificultades estructurales, articuladas sin mucha claridad a una especie de interés general muy difuso, puede prevalecer sobre la libertad, de manera que el imputado debe soportar el peso y costo de ellas. Es un argumento que hoy se hace insostenible y el nuevo Código de manera consistente pretende evitar situaciones derivadas de estos argumentos.

153

La tensión enunciada se manifestaba igualmente en otro tipo de causales que también originan extrañeza desde el punto de vista del derecho comparado: el Código de Procedimiento Penal de 1991 establecía en el numeral 4° del artículo 415, que se obtendría la libertad provisional, "cuando vencido el término de ciento veinte días de privación efectiva de la libertad, no se hubiera calificado el mérito de la instrucción. Este término se ampliará a ciento ochenta días, cuando sean tres o más los imputados contra quienes estuviere vigente detención preventiva".

Este precepto se repetía en el Código de Procedimiento Penal de 2000 (ley 600 de 2000), con igual tenor en el numeral 4° del artículo 365. La razón de dicha norma: es más difícil para el Estado investigar a varios individuos que hacerlo con uno o dos. Esto puede tener alguna lógica, en la manera como tradicional se ha operado en nuestro país frente a la libertad, pero carece de ella si se considera, como con acierto lo enfatiza el nuevo Código, que la restricción de la libertad es excepcional. Es cierto y en los casos del crimen organizado lo es más, que cuando se trata de varios sindicados la investigación se torna más difícil y compleja. Pero ello constituye una variable con relevancia tan solo para ponderar la noción de plazo razonable, y no constituye una razón para duplicar de entrada los términos legales contemplados para conceder la libertad.

8.2. El sujeto del proceso penal como un fin en sí mismo

154

Toda la reflexión penal desde la ilustración, ha estado marcada por la idea de que el sujeto de una acción penal permanece como sujeto de la misma, y nunca debe convertirse en objeto de ella; es decir, como lo enfatizaría Kant, el ser humano es siempre un fin en sí mismo y por lo tanto no puede ser instrumentalizado en función de otros fines. Tampoco puede ser sacrificado en función de propósitos institucionales o, en el caso que se estudia, en razón a dificultades que el Estado debe resolver sin hacerlo a despensas de la libertad del individuo particular. Para un imputado que está solo, no tiene relevancia el hecho de que el Estado pueda necesitar más tiempo para investigar a varias personas. El que sufre la detención la sufre solo y por eso es irrelevante el hecho de estar involucradas otras personas. El uso excepcional de la restricción de la libertad vale tanto para uno como para varios imputados. Con acierto y razonabilidad el nuevo Código de Procedimiento Penal no contiene una causal de este tenor dentro de las previstas en el artículo 317, de manera que independientemente del número de procesados, los términos deben cumplirse estrictamente.

Dos disposiciones de la norma se refieren específicamente a los términos procesales. El numeral 4° establece que se obtendrá la libertad "cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión conforme a lo dispuesto en el artículo 294". Luego, el numeral 5° establece que se obtendrá, "cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral".

9. Los nuevos desafíos interpretativos en relación con las causales de libertad

Son otros, desde luego, los desafíos que surgen para la comunidad jurídica con la nueva normatividad. Por ejemplo, el numeral 3° del artículo 317 hace referencia a la obtención de la libertad "como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento". En ello, que hace parte de los fines y la estructura del nuevo proceso, hay que trabajar para ir desarrollando fórmulas de interpretación de los eventos, a

partir del respeto de las normas rectoras y del andamiaje constitucional. Es el caso del numeral 1° que hace alusión a estos hechos: "Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado".

Esta norma debe interpretarse de acuerdo con el principio de plazo razonable y haciendo acopio de jurisprudencia constitucional y legal, y de los instrumentos internacionales y su jurisprudencia. El punto de partida es que la detención preventiva no es una pena anticipada. La redacción es muy ambigua y no existen muchos antecedentes que permitan reconstruir los alcances de este enunciado. Será desafío interpretarlo de acuerdo con la estructura del Código, referida a fórmulas de terminación anticipada, etc. La Corte Constitucional jugará aquí un papel central en la interpretación, frente a demandas de inconstitucionalidad que ya han sido presentadas, y el punto de partida será sin duda, como se advierte, la noción de plazo razonable. En ningún caso, se insiste, esta causal —con su prescripción ambigua de "determinación anticipada" de una pena— puede significar que el imputado permanezca en prisión un tiempo similar y, mucho menos, el equivalente al tiempo previsto para la punibilidad de la infracción.

155

9.1. El plazo razonable en la jurisprudencia internacional

La jurisprudencia internacional ha sido clara al respecto. En el contexto del Sistema Interamericano, se ha interpretado la noción de plazo razonable a partir del artículo 8.1 de la Convención. El punto de partida ha sido la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues el artículo de la Convención Americana es equivalente, en lo esencial, al artículo 6° del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Los tres aspectos que se destacan en función del juicio frente al plazo razonable, son tres: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales. De esta forma, en el caso Suárez Rosero se estableció que con fundamento en las consideraciones precedentes, al realizar un estudio global del procedimiento en la jurisdicción interna contra el señor Suárez Rosero, la Corte advierte que dicho procedimiento duró más de 50 meses. "En opinión de la Corte, este período excede

en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana⁵¹. En otras oportunidades la Corte se ha referido a tres años como un tiempo que excede la noción de plazo razonable.

También el juez constitucional colombiano ha desarrollado variables para ponderar esta noción. En la providencia del 2001, varias veces citada y a propósito de las dificultades para el cómputo de la detención preventiva, la Corte establece que es necesario precisar, en relación con dicho cómputo (artículo 406 del decreto 2700 de 1991 y 361 de la Ley 600 de 2000), que "es un deber ineludible de las autoridades judiciales en cada caso, evitar que la medida se prolongue más allá de un lapso razonable"⁵².

156 La Corte, además, reseña las variables que pueden tenerse en cuenta para establecer dicho lapso. De esta forma, agrega que el "término razonable, proporcional y justo, debe ser valorado por las autoridades judiciales en cada caso, siguiendo los siguientes parámetros: la efectividad de la duración (amoldar la detención a sus objetivos), el tiempo actual de detención, su duración en relación con la ofensa, los efectos de la conducta punible, los efectos materiales y morales para el sindicado, la conducta de las autoridades judiciales, entre otras"⁵³. Podría agregarse, más aún en el caso colombiano, la consideración sobre las condiciones objetivas del sistema carcelario y su impacto sobre la dignidad de las personas⁵⁴.

9.2. El plazo razonable en el derecho comparado

Un ejemplo de derecho comparado puede servir para ilustrar el tema general del plazo razonable, específicamente referido a la detención preventi-

⁵¹ Corte-IDH, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia No. C-774 de 2001. Fundamento 5.5.

⁵³ *Ibidem*, Fundamento 5.5.

⁵⁴ Daniel Pastor introduce en su libro citado elementos que pueden servir de base para el tratamiento de las variables propuestas por la Corte. El punto de partida para configurar variables de uso para los jueces está, según el autor, en asimilar y aprovechar los límites legislativos que se han colocado de manera general al proceso, como límites —cuando la ley es ambigua y no hay términos precisos— propios para la duración de la detención preventiva. El autor, por demás, da cuenta, como aquí se ha afirmado, de "que la cuestión de la prisión preventiva es hoy uno de los problemas centrales del sistema penal". Ello, entre otras razones, debido a que ella ha sido utilizada "como una herramienta más para el combate de la delincuencia" y como "pena en la medida en que su duración no está estrictamente limitada". Daniel Pastor, *op. cit.*, p. 480.

va. Es el caso alemán. En ese país existen términos fijos para recobrar la libertad. En la mayoría de casos, se obtiene la libertad a los tres meses y en ciertos casos, de acuerdo con el artículo 121 del ordenamiento procesal alemán, puede tener lugar la detención preventiva por más de seis meses. En estos casos, no decide tan solo un juez, sino que se trata de una decisión colegida, es decir, los fundamentos de la Fiscalía serán más rigurosamente evaluados y, como establece el artículo 122, para dicha evaluación se escuchará tanto al inculcado como a la defensa. Enseguida, el artículo 122^a establece que el máximo de duración de esta medida, una vez se ha establecido que puede ser mayor de seis meses, será de un año. Se trata de un ejemplo de razonabilidad que hoy en día es tomado en consideración en el derecho comparado⁵⁵.

Es cierto que la estructura judicial nuestra no es comparable con la de ciertos países y la capacidad de investigación no lo es tampoco; no obstante, hoy en día –máxime si se apuesta por un proceso penal lleno de elementos técnicos y rico en exigencias técnicas y modernas de actuación procesal– ya no es en ningún sentido convincente el argumento de que las dificultades para investigar y para guiar un proceso, ameritan que una persona se encuentre detenida, "preventivamente", por dos, tres o más años. Incluso el mismo caso alemán ha merecido en su país también críticas doctrinales y se ha exigido que el uso de la detención sea más restringido.

Vale, en este sentido, la siguiente advertencia que es genérica para todos los ordenamientos: "Dentro de las medidas establecidas para garantizar la seguridad del proceso, la detención preventiva constituye la más decisiva intervención en el ámbito de la libertad personal. Es de reconocer, no obstante, que también se trata en muchos casos de una medida insustituible para el funcionamiento eficaz de la administración de justicia. El orden interno de un Estado se manifiesta a sí mismo en la manera cómo ese conflicto se resuelva. Los Estados totalitarios, al edificarse sobre la antítesis falsa entre Estado y ciudadano, fácilmente hacen prevalecer a toda costa el interés del Estado en

⁵⁵ En el caso por ejemplo de los informes presentados por miembros de seis países de la región, en el IV Curso Regional de Derechos Humanos de la Comisión Andina del Perú en octubre de 2004 ya reseñado, hubo consenso en que el máximo de duración de la detención preventiva debería ser de un año, incluso si se trata de casos especiales de crimen organizado o de justicia penal de emergencia.

el marco del proceso penal. En un Estado de derecho, en cambio, la regulación de dicho conflicto no pasa por la antítesis entre Estado y ciudadano. El Estado, al contrario, está obligado a garantizar las dos finalidades: la seguridad del orden jurídico a través de la persecución penal y la protección de la esfera de libertad del ciudadano"⁵⁶.

10. Principio de oportunidad y prevalencia de la libertad: hacia un auténtico derecho penal mínimo

Una de las causales para obtener la libertad establecidas en el nuevo Código de Procedimiento Penal, merece una atención aparte. Se trata de aquella contenida en el numeral 3º del artículo 317 estudiado. Dice el Código, que se obtiene la libertad, "como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad".

No es este el espacio para una reflexión exhaustiva sobre este principio, pero se adelantarán algunas consideraciones pertinentes al tema que se estudia. Como todos los códigos cuando entran a regir, como lo ha sido el caso de la misma Carta Política del año 91, se trata de codificaciones que entran al ámbito social y sobre ellas se tejen disputas interpretativas; ellas obran en la práctica como textos abiertos para la competencia por el dominio de los alcances interpretativos de sus disposiciones particulares. El nuevo Código es, desde luego, un ejemplo claro de ello. Una norma en particular debe ser aquí reseñada en este sentido. Se trata del primer inciso del artículo 321: "La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado".

A nuestro juicio, de acuerdo con la presentación social que se hizo en su momento al Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), y de la presentación a la comunidad jurídica del nuevo Código de Procedimiento Penal —en su momento, también la Ley 600 de 2000—, se trata de normatividades, no solo respetuosas de los derechos y garantías, sino expresiones del derecho penal mínimo. Es decir, de un derecho penal que se reconoce limitado, que reconoce su carácter subsidiario y se observa a sí mismo como un sistema de protec-

⁵⁶ Claus Roxin, *Strafverfabrennsrecht*, München, 1998, p. 243.

ción subsidiaria de condiciones y circunstancias mínimas y fundamentales para la preservación de la vida en sociedad. De igual manera, se reconoce que el proceso penal materializa en la práctica judicial esta pretensión de principio, y su estructura rectora.

De acuerdo con ello, esta norma debe leerse en función del derecho penal mínimo. El principio de oportunidad debe ser leído, además, en clave penal-sustancial, de acuerdo con el principio de antijuridicidad material; deberá funcionar en la práctica con criterios de derecho penal mínimo. Es cierto y por eso se ha advertido que las nuevas figuras procesales son hoy centro de disputa en la comunidad jurídica, que puede también pervertirse dicho principio y convertirse en la práctica en un modelo de afirmación o de exacerbación de la selectividad tradicional del derecho penal. Pero esta no es la razón de ser de esta figura: ella debe servir para descongestionar el sistema, para restringirlo a operar cuidadosamente contra aquellas conductas realmente —y no discursiva o ideológicamente— más graves y que generan más daño, acorde con la normatividad internacional, con los compromisos adquiridos por el país, y acorde con nuestras propias realidades.

159

Las causales para aplicar el principio son complejas, cada una de ellas debe evaluarse en sus alcances y en relación sistemática con todo el Código. Pero, se insiste, el punto de partida va más allá del ámbito procesal y se inscribe en el contexto de las relaciones entre política criminal y dogmática penal sustancial; entre decisiones de política criminal y dogmática penal procesal. Debe servir este principio para acuñar prácticas de política criminal de largo aliento y de mayor alcance, lejanas a aquellas decisiones meramente coyunturales que tanto han desarticulado la racionalidad de nuestra legislación penal. Leer el Código de Procedimiento Penal en clave político-criminal, será uno de los mayores desafíos de los funcionarios que aplicarán las nuevas disposiciones.

En relación concreta con las causales, se reseñarán aquí, brevemente, algunas que refuerzan las ideas planteadas. Se trata, además, de aquellas —que son justamente por ello expresiones del derecho penal mínimo y subsidiario— que están ligadas a la pretensión del nuevo Código de humanizar el proceso penal. Por ejemplo, el numeral 7° del artículo 324 que se refiere a la aplicación del principio cuando el imputado "haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la

aplicación de una sanción o implique el desconocimiento de la humanización de la sanción punitiva".

Se trata de una causal que debe leerse en consonancia, por ejemplo, con el artículo 34 del Código Penal que establece que "en los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria".

160

En esta misma dirección debe leerse el numeral 12, del artículo 324 del nuevo Código de Procedimiento, que presupone la aplicación del principio de oportunidad "cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social". Aquí el juez puede hacer auténtico derecho penal mínimo, sustentado en la noción de antijuridicidad material, de tal manera que evalúe siempre la significación social y jurídica de una conducta y, por esa misma razón, evalúe el impacto real de la conducta sobre el bien jurídico, tal como lo establece también el numeral 10 del artículo reseñado, que se refiere a la situación en cual "la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa".

Debe reseñarse aquí, finalmente, el numeral 13 del citado artículo. Se trata de una norma que puede constituirse en una herramienta permanente para hacer auténtico derecho penal mínimo: "Cuando el juicio del reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social". El acierto de la norma radica, desde el punto de vista del derecho penal sustancial, en identificar el principio de culpabilidad con la necesidad de la pena —con el sentido mismo del castigo— cuando se trata de conductas de muy baja reprochabilidad.

Este es el punto de partida por ejemplo, de la tesis diferenciadora, en el caso del estado de necesidad excluyente de la culpabilidad: no se justifica la conducta porque de esta manera se estaría dando un mensaje contradictorio y utilitarista a la sociedad, pero en casos de comunidad de peligro, se acepta que no tiene sentido un reproche del Estado al actor, pues se considera que la sanción, para actuaciones límites, es inútil y desproporcionada. La culpabili-

dad es aquí evaluada en función de los fines de la pena. Con razón, además, el ámbito dogmático más adecuado para estudiar el fenómeno de la culpabilidad, es el de la responsabilidad, tal como lo hace por ejemplo Roxin en su Tratado. Con acierto entonces, el numeral 13 piensa el alcance de la reprochabilidad, en función de las finalidades de la pena.

De la misma forma, este punto de partida—reafirmado por el artículo 3° del Código Penal que hace referencia a la necesidad de la pena— es el que puede sustentar la existencia del parágrafo del artículo 124 de dicho Código que permite al juez, en caso de aborto con circunstancias muy particulares y extremas, no castigar, pues la pena se hace innecesaria. La conducta es típica, antijurídica y no se encuentra amparada en principio por una causal de ausencia de responsabilidad. No obstante, la legislación penal—sustancial y procesal— da la posibilidad de no sancionar la conducta⁵⁷. Se trata de herramientas invaluable, en relación con el tema concreto que ocupa este trabajo, para darle un tratamiento legal y constitucional consistente a la restricción (y concesión, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 317), de la libertad.

161

De esta manera entonces, la relación entre derecho penal mínimo, restricción absolutamente excepcional de la libertad como fundamento de las medidas cautelares que la restringen, y principio de oportunidad, aparecen muy claras. En esta triada, el funcionario tiene un mapa complejo y único para aplicar un auténtico derecho penal de la Constitución. Esta es la tarea más cara que debe comprometer a todos los funcionarios que, de una u otra manera, entrarán en relación, a partir del 1° de enero de 2005, con la nueva legislación penal procesal.

⁵⁷ Sobre el principio de necesidad de la pena y una interpretación garantista del mismo en la normatividad penal, ver: Alejandro Aponte. *La nueva regulación de la punibilidad. Del juez como garante de los derechos fundamentales*, en: Procuraduría General de la Nación, *Memorias. Jornadas de reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano*, Bogotá, 2004, pp. 87 y ss.

Conclusiones

Toda la estructura de las normas que hacen referencia a la libertad en el nuevo Código de Procedimiento Penal deben leerse en función de lo establecido en el artículo 2º del Código, rector de la normatividad procesal y de acuerdo con el artículo 295, que constatan la prevalencia del principio de libertad y la restricción absolutamente excepcional de la misma.

162 Las diversas condiciones que determinan la actuación del juez de garantías en relación concreta con las medidas de aseguramiento, deben ser leídas en clave constitucional y con referencia a la normatividad internacional. Nociones como necesidad de la medida, adecuación de la misma, proporcionalidad y razonabilidad, son hoy especialmente complejas y convierten al juez de garantías en un auténtico juez constitucional.

Los requisitos para poder decretar una medida deben ser leídos siempre en función del denominado *principio de gradualidad* y de acuerdo con las circunstancias muy particulares de cada caso. La posibilidad de obstrucción de la administración de justicia por parte del imputado, el posible peligro de fuga, su probable no comparecencia y las nociones de peligro de sus actos para la comunidad y las víctimas, deben ser en cada caso evaluadas con extremo cuidado por el juez de garantías, con el propósito de acertar en la decisión que afecte derechos y garantías del imputado. Debe recordarse siempre el principio rector del *aseguramiento procesal*, como fundamento para decretar las medidas de aseguramiento.

Siempre, en relación con las medidas de aseguramiento, especialmente respecto de aquellas que afectan o restringen la libertad, debe tenerse en cuenta que estas no constituyen una especie de pena anticipada. En ello concuerda hoy toda la normatividad constitucional e internacional. Se trata de un principio que condiciona las disposiciones contenidas en el artículo 317 del nuevo Código de Procedimiento Penal, que contiene las causales de libertad. Nociones como "plazo razonable", deben acompañar al juez en la determinación del alcance y sentido de esta norma.

Las normas que regulan la libertad en el nuevo Código de Procedimiento Penal deben leerse en función del derecho penal mínimo como auténtico derecho penal de la Constitución. Esta lectura permite relacionar de manera más coherente el derecho penal sustancial y el derecho procesal penal, en función de la consolidación de un derecho penal del Estado social de derecho.

EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA¹

Aspectos de derecho comparado

El juez de garantías, como tantas otras instituciones novedosas del proceso penal, también es una figura importada. En este caso nos parece que sus modelos más cercanos son Alemania e Italia y en nuestro medio la figura se ha tomado de la legislación procesal penal chilena. En Alemania a este peculiar funcionario se le conoce con el nombre de "juez de la investigación" o "juez investigador". Su origen se encuentra en las reformas posteriores a 1974 y al decir de especialistas como Pedraz Penalva se trata de una figura que aparece en la investigación como 'protector de los derechos fundamentales del inculpado'². Naturalmente, para buena parte de la crítica germana resultaba obvio preguntar por qué razón se requería la colaboración de un funcionario judicial en la etapa de investigación, y por otra parte, se preguntaba si la introducción del juez no representaba una afectación de la posición institucional de la Fiscalía en la medida en que a ella estaba acordado el dominio de la fase de investigación. En los debates que precedieron a la reforma surgieron los interrogantes que en todo caso siempre tenían respuesta en la necesidad práctica

163

1 Abogado y sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia, con estudios de investigación en procedimiento penal comparado en la Universidad de Bielefeld, Alemania. Investigador invitado en la Sección de Hispanoamérica y en la Sección de Derecho Penal Internacional del Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo de Brisgovia. Investigador invitado en la Universidad de Göttingen, Alemania. Autor de varias obras en el campo del procedimiento penal y el derecho penal internacional. Actualmente se desempeña como asesor de la Procuraduría General de la Nación.

2 Pedraz Penalva, Ernesto. Derecho Procesal Penal TI principios de derecho procesal. En las páginas relativas a las reformas procesales en el derecho comparado tomando como punto de partida la reforma de 1974 afirma: 'La investigación dirigida por el Ministerio Fiscal conduce a que el papel del juez, en esta fase previa al juicio, sea protector de los derechos fundamentales del inculpado, atribuyéndosele la función de adoptar cualesquier medida apta para mermarlos. Así, y entre otros los §§ 100b, 11^a, 114, 126^a, 161^a (intervención en las comunicaciones, retirada provisional del permiso de conducir, detención preventiva, declaraciones bajo juramento de testigos y peritos, etc.).

de limitar los poderes de la Fiscalía y sobre todo de la policía. En los estudios académicos se preguntaba más bien, si era necesario hacer extensivo el control judicial que algunas disposiciones constitucionales preveían para su afectación, como las contenidas en los artículos 13 (inviolabilidad del domicilio) y 104 (Garantías legales para la privación de la libertad) a otras que eran de igual entidad y que podían ser afectadas por la investigación (secreto de comunicaciones, derecho al honor, libertad de circulación, etc.), a lo cual se respondía inmediatamente que la reserva legal como necesidad de reglamentación por parte del legislador que exige la Constitución, no es lo mismo que reserva judicial, como ejercicio del control que la Constitución no exige para la protección específica de todos los derechos fundamentales. En todo caso la posición se apoyaba en el artículo 19 (4) de la Constitución³ bajo la óptica de que en un proceso penal del Estado de Derecho cualquier afectación de un derecho fundamental por cuenta del poder público necesariamente debía tener una protección preventiva, sin esperar a que el ciudadano afectado por la actividad de la Fiscalía hiciese uso del recurso extremo del artículo 19.⁴

En efecto, la base jurisprudencial que proporciona el concepto de derechos fundamentales⁵ y el marco de actuación de las autoridades de persecución penal con respecto al artículo 19 de la Constitución alemana permitió articular la posición del juez de la investigación desde una óptica de garantía, pues el artículo en comento se interpretó como necesidad efectiva de protección jurídica. El fundamento para argumentar constitucionalmente la existencia del juez de investigación en el proceso penal es muy sencillo: muchas medidas procesales en el marco de la investigación penal pasan necesariamente por el marco de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales⁶, los cuales solo pueden ser afectados judicialmente. Si se ejecutan tales medidas investigativas que afectan el derecho fundamental del investigado no existe

³ Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios.

⁴ Sobre las posiciones a este respecto después de la reforma Amelung, Kunt. *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, 1976, p. 25.

⁵ En especial la decisión del 8 de enero de 1959 relativa a los límites de actuación de la Fiscalía y las indicaciones que debe hacer el juez al inculcado teniendo en cuenta la disposición 115 de la Ordenanza Procesal Penal relativa a los derechos del capturado.

⁶ Estos son conocidos en la legislación germana como actos judiciales de investigación contemplados en el § 162 de la Ordenanza Procesal Penal.

posibilidad de retornar la situación al estado anterior a la posible vulneración al Derecho y por esa razón la carencia de un control se opone al dictado constitucional de protección judicial efectiva acordada al poder jurisdiccional. Pero además la doctrina avanzó en no entender la posición de este funcionario como una traba en el proceso de investigación penal. Por el contrario, un sector de la opinión jurídica lo consideró un colaborador indirecto de la Fiscalía que le da funcionalidad al proceso penal en la medida en que previene errores y posibles falencias procesales cuyo efecto sería la nulidad de las actuaciones, y desde ese punto de vista le asignan un posición de equilibrio proyectada a la perfección de la recolección probatoria en la fase preparatoria. Cuando el juez de la investigación actúa autorizando las intromisiones del Fiscal legaliza *ex ante*, cuando actúa como convalidante de las actuaciones controla *ex post*, justamente para los casos en que se permite la actuación de investigación sin orden judicial previa, conocidos como riesgo por la demora.⁷

Frente a otras normas constitucionales, en este caso el artículo 92 de la Constitución germana⁸, se preguntaba por la naturaleza jurídica de las decisiones del juez de investigación, pues al fin y al cabo ellas no están caracterizadas como decisiones que diriman conflictos con efectos de cosa juzgada. Más aún, si se procede a autorizar o a convalidar actuaciones de un órgano administrativo como la Fiscalía, difícilmente las decisiones del juez pueden enmarcarse como decisiones jurisdiccionales. La respuesta a la que llega un sector de la doctrina cualifica la posición del juez de la investigación como un funcionario que estando en el poder judicial mantiene su independencia, a través de la premisa igualmente constitucional de que solo está sujeto a la ley, de tal manera que si se le atribuye una competencia para tales efectos se ejecutan actos jurisdiccionales en sentido material, puesto que define que es lo está acorde a Derecho, bien cuando da una orden, bien cuando autoriza una acto ya ejecutado.⁹ No obstante, la jurisprudencia constitucional anotada

⁷ Los argumentos y las distintas posiciones se encuentran en la tesis doctoral de Prechtel, Günther. *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*. Munich. 1995.

⁸ Artículo 92 (organización judicial). El poder judicial estará confiado a los jueces siendo ejercido por la Corte Constitucional Federal, así como por los Tribunales federales previstos en la presente ley fundamental y por los Tribunales de los Länder.

⁹ Prechtel, Günther. *Ob cit.* pp. 125-126.

por Gómez Colomer¹⁰ recalca que bajo el fundamento del artículo 97¹¹ de la Constitución, el Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró que la introducción del juez de las investigaciones en una fase procesal acordada a la Fiscalía dependiente del poder ejecutivo no produce una vulneración de la separación de las ramas del poder público porque el juez investigador no ejerce en estos casos actividad jurisdiccional, sino administrativa, siendo un órgano que constitucionalmente viene obligado a prestar ayuda administrativa, con base en el artículo 35 (1)¹² de la Ley fundamental.

166 Los análisis legales propiamente dichos, no dejaron de preocuparse por el examen de la competencia del juez de la investigación, pues un problema práctico que se presenta a la Fiscalía es cuándo debe solicitar la autorización del funcionario de control jurisdiccional y cuándo no; cuándo se piensa que una medida puede afectar los Derechos fundamentales o no y cuándo y cómo es menester producir actos judiciales de investigación para que se convaliden conforme a Derecho. Desde punto de vista son múltiples los actos en los que debe intervenir el juez de las investigaciones con efectos en todo el proceso, pero sobre todo antes de la vista oral.

La clasificación de las funciones no es uniforme en la doctrina germana. En este sentido Roxin¹³, por ejemplo, toma el criterio de participación exigida, participación prevista legalmente y participación por el riesgo en la demora. En el primer caso se entiende que las actividades del juez serán controlar la prescripción, y aseguramiento de los medios probatorios cuando sea así solicitado por la Fiscalía. En el segundo campo quedan las funciones atribuidas en la ordenanza procesal, como son, la recepción de interrogatorio bajo juramento, privación provisional para conducir, medidas cautelares sobre bienes, orden de detención preventiva, captura e internación en centro clínico y todas las definiciones que le correspondan en cuanto a libertad y control de duración de la detención, práctica de exámenes corporales, registro, autorización

¹⁰ Gómez Colomer, Juan Luis. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Ed Bosch. Barcelona. 1985. Pp. 73-75.

¹¹ Los jueces son independientes y están sometidos únicamente a la ley.

¹² Todas las autoridades de la Federación y de los Länder se prestarán mutuamente asistencia judicial y administrativa.

¹³ Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Ed. del Puerto. Buenos Aires. Pp. 74-76.

de interceptaciones, introducción de agentes encubiertos en las investigaciones y búsquedas electrónicas.

Prechtel¹⁴ asume la clasificación de actividades de coordinación, actividades de control y por último actividades de investigación.¹⁵ Esta clasificación es importante porque define el perfil garantizador del juez de la investigación. Así, el examen del § 162¹⁶ de la ordenanza procesal penal plantea el problema de determinar exactamente qué es un 'acto judicial de investigación' que requiera autorización y en igual sentido qué es un 'acto admisible legalmente' y a qué examen se ha de someter por parte del juez. El significado de estas dos actuaciones tiene importancia en el sentido de producción de la prueba, pues de las actuaciones autorizadas de la Fiscalía se podrá valer la defensa para el ejercicio de la contradicción en la fase principal del proceso. Las advertencias a los interrogados, el marco de actuación permitido para que la Fiscalía actúe o la ejecución misma de un acto de producción de prueba resultan de la mayor importancia en el sentido de garantizar que la investigación se ajusta a derecho. El examen según las posiciones de los autores que tratan el tema está fuera de discusión, se trata de que el juez examine en cada caso concreto si las actuaciones son legalmente pertinentes para lo que pretende la Fiscalía, si no afectan en su núcleo los derechos fundamentales y si tiene una base jurídica convincente que justifique la orden.

No sobra anotar que en este examen juega un papel importante el principio de proporcionalidad en el sentido de ponderación de bienes, es decir, equilibrar la balanza de las exigencias de la administración de justicia frente a las esferas protegidas por los Derechos fundamentales. Esta apreciación no deja de causar serios interrogantes cuando se trata de la averiguación de la verdad material, en un proceso que no se considera proceso de partes y donde de antemano se expone que la Fiscalía y el acusado no se enfrentan en igualdad de condiciones, razón por la cual se recurre a la jurisprudencia cons-

¹⁴ Prechtel, Günter. Ob. cit., pp. 198-199.

¹⁵ Esta última clasificación puede sonar ajena a las actividades propias del juez. Sin embargo, el § 165 de la ordenanza procesal penal alemana permite que en caso de peligro por el retraso, podrá el juez realizar los actos de investigación necesarios, incluso sin solicitud cuando el fiscal no hubiese podido ser ubicado.

¹⁶ El § 162 ordena a la Fiscalía interponer sus solicitudes ante el Amtsgericht para ejecutar actos judiciales de investigación y al juez le ordena determinar si tales medidas son legalmente admisibles.

titucional para valorar los casos similares u optar por los criterios doctrinales que aún no tienen uniformidad.

En Italia también existe una figura de control similar al juez de la investigación alemán. Allí se llama 'juez para las indagaciones preliminares' e igualmente su introducción como actor en el proceso penal no ha sido pacífica para la literatura jurídica de ese país, a juzgar por las discusiones que se presentaron a finales de los años ochenta sobre el perfil definitivamente acusatorio que había tomado el proceso penal y en el cual aparecía una figura extraña. Ferrua¹⁷ en los primeros estudios sobre el Código, habla de un control jurisdiccional en una fase que por su naturaleza es privativa de la actividad el Ministerio Público obligado por la Constitución a ejercer la acción penal, fuera del control del juez y sin intervención de la contraparte. Según este autor se entiende que la investigación tiene una dinámica propia que le permite al Ministerio Público el trabajo de recolección probatoria de manera unilateral y que además se supone que lo esencial al sistema acusatorio es que las declaraciones tomadas en esta fase no son utilizables como prueba para la decisión judicial. Pero con la figura de un juez en la etapa de indagación se da una nueva conformación del proceso de investigación que necesariamente apunta a la consolidación probatoria, debido a las funciones de disposición sobre las medidas cautelares, la posibilidad de producción de pruebas anticipadas que no podrían ser practicadas en el seno de la audiencia oral y algunas decisiones de control que hacen la constelación de trabajo de este funcionario algo ambigua.

En la historia legislativa se dieron dos posiciones: una que predicaba que la introducción de un juez en la fase de indagaciones era tanto como una vuelta al sistema del juez instructor y otra que auspiciaba la posibilidad de limitación a las tareas del Ministerio Público en la fase sumarial. Además se preguntaba con mucha razón, si un juez en las indagaciones dispuesto a hacer respetar el principio de legalidad, no usurpaba una función que constitucionalmente estaba en cabeza del Ministerio Público, quien no podía actuar por fuera de los dictados de la Constitución y la ley. La respuesta que se dio a estos interrogantes era más que sensata: el proceso penal italiano es un proceso de partes. El Ministerio Público sólo adquiere esa calidad hasta que se

¹⁷ Ferrua, Paolo. *Studi sul processo penale*. G. Giappichelli Editore. Turín. 1990. Pp. 53-55.

pronuncia mediante acusación, por lo tanto la actividad previa al debate muestra al Ministerio Público sin un contrapeso frente al investigado que actúe de la misma forma que el juez de la causa frente al debate. Se llegó de esta forma en discusión parlamentaria a una fórmula que Ferraioli¹⁸ resume plásticamente como: compromiso entre el principio de no dispersión probatoria y principio de oralidad inmediada.

El juez de las indagaciones preliminares muestra en la legislación italiana una serie sumamente heterogénea de funciones, difícilmente catalogables de acuerdo con el desarrollo del proceso y de acuerdo con el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público. Debe controlar la tutela de la libertad personal o de otros derechos constitucionalmente protegidos; convalidar la captura y la aplicación de todas las medidas cautelares; es su obligación controlar los términos de las indagaciones preliminares; debe manifestarse sobre la decisión de archivar las actuaciones; asumir la solicitud de las partes relativas a pruebas no practicables en el debate y pronunciarse en la audiencia preliminar sobre el envío a juicio de un caso o declarar que no hay lugar a proceder. Ferrua lo caracteriza como un funcionario que ‘busca’ pero no ‘encuentra’.

169

La posición del juez de las indagaciones preliminares en el plano funcional requiere, según los autores italianos, una consideración sobre el problema de la posición de la defensa durante la etapa de la investigación que parte de una situación práctica, esto es, la relevancia que puede tener en la lógica acusatoria la práctica de las pruebas en sede de instrucción para su posterior utilización en sede de juzgamiento. De ahí que sus funciones según Ferraioli puedan ser calificadas como de garantía y de control, en el sentido de una actividad jurisdiccional que lo es únicamente en su acepción subjetiva, valga decir, porque la desarrolla el juez. Su función es la de un sujeto imparcial que controla el respeto de determinados cánones normativos en la conducción de la investigación o que garantiza la extensión de las libertades fundamentales dentro de los límites de la reserva de ley.¹⁹

¹⁸ Ferraioli, Marzia. *Il ruolo di 'garante' del giudice per le indagini preliminari*. Cedam. Milán. 2001. Pp. 17-28.

¹⁹ Ferraioli. Ob. cit., p. 94.

Como funciones de control, resultan emblemáticas, según la misma autora, el examen que debe hacer el juez de las indagaciones preliminares sobre la solicitud de prórroga de los tiempos para investigar o para archivar el caso. En el primer evento, el Derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas lo obliga a racionalizar de acuerdo con la complejidad del caso el tiempo al que se puede someter a una persona a investigación penal y en el segundo lo que se quiere según la interpretación de la Constitución italiana es que en aras del principio de legalidad se controlen los presupuestos normativos de una decisión negativa de no proceder al ejercicio obligatorio de la acción.²⁰

170

Como funciones de garantía se deben entender aquellas disposiciones que permiten la constatación jurisdiccional sobre la iniciativa de los órganos de la investigación que afectan las libertades del individuo puesto en la mira de la investigación, valga decir, medidas cautelares patrimoniales y personales, inviolabilidad en las comunicaciones y el domicilio. Aquí, la presencia se justifica no tanto porque sea un 'tercero' imparcial que valora en el contradictorio de las partes el fundamento de una pretensión, sino más bien porque la afectación de un derecho fundamental debe decidirse en sede jurisdiccional a efecto de que no se persigan objetivos distintos de aquellos que constitucionalmente se le asignan al Ministerio Público y a las autoridades de policía. Algunos observaron en este punto una contradicción con la necesidad de un esquema acusatorio y propusieron en su tiempo el remedio de instaurar controles en el interior del propio Ministerio Público, sin necesidad de interferencias jurisdiccionales, pero la acentuación de controles intraprocesales no se consideró una alternativa satisfactoria para darles solución a los problemas de equilibrio intrapartes.²¹

El Código de Procedimiento Penal italiano contempla en su artículo 328 la competencia del juez de las indagaciones preliminares como aquella dispuesta por la ley o la adquisición de tal competencia a instancia del Ministerio Público, las partes privadas y la persona ofendida por el delito. Su actuación más importante se cifra en las decisiones sobre libertad y las correspondientes a la prosecución de la actividad de investigación penal o archivo

²⁰ Art. 425 del CPP italiano.

²¹ Véase a este respecto De Luca, Marafioti. *Controlli extra processuali ed endoprocesuali nell'attività inquirente del magistrato del pubblico ministero*, en: *Accusa Penale e ruolo del magistrato del pubblico ministero*. Gaito: Nápoles 1991. P. 223.

de la misma contempladas en los artículos 405 a 415 del Código de Procedimiento Penal.

Nuestra experiencia más cercana es la del Código de Procedimiento Penal chileno. Las funciones que cumple en ese ordenamiento el juez de garantías están clasificadas de la siguiente manera: formalización de la investigación, solicitud de medidas cautelares, solicitud de medidas de intromisión y control de la duración de la investigación. Pero además resulta interesante que a este funcionario se le atribuyan las labores de resolver todos los conflictos que se puedan presentar entre los diversos intervinientes en el proceso durante la fase de investigación.

La formalización de la investigación consiste en la comunicación que realiza el Fiscal al imputado en presencia del juez de garantías del hecho de desarrollar una investigación en su contra por uno o varios delitos. Esta decisión busca que el Fiscal se manifieste para que el imputado ejerza su Derecho de defensa quedando el Fiscal limitado por los hechos incluidos en los cargos sin que pueda posteriormente hacer variaciones o ampliaciones en la acusación. La formalización de la investigación es estratégica y la ley obliga al Fiscal a adoptar esta decisión en tres eventos: cuando solicite la realización de diligencias de investigación que requieran autorización judicial previa; cuando se requiera solicitud anticipada de prueba y cuando se requiera una medida cautelar contra el imputado. Las personas que son investigadas pueden solicitar al juez de garantías que intervenga ante el Fiscal para que informe sobre los hechos y en un plazo razonable formalice la investigación.

171

Al igual que en la legislación europea el juez de garantías puede autorizar una intervención del Fiscal sin formalización de la investigación en casos excepcionales, si la demora en la formalización puede afectar el éxito de la diligencia.

En cuanto a la solicitud de medidas cautelares la doctrina chilena también le atribuye facultades de ponderación necesaria cuando se trate de afectar la libertad del investigado. Al igual que en la Constitución colombiana allí se definen los eventos en que resulta justificada la prisión preventiva. Se anota que el Código de Procedimiento Penal de ese país exige que las medidas cautelares se adopten únicamente cuando existe una imputación precisa. La decisión se toma en una audiencia en la que el Fiscal aporta los antecedentes

que justifican la medida y sobre los cuales tiene que manifestarse el juez. No procede la detención preventiva para delitos sancionados con penas pecuniarias o con pena de prisión menor a 540 días; cuando se tratare de delitos de acción privada y cuando el juez pudiese estimar que de ser condenado el sujeto se le pudiese llegar a imponer una pena alternativa a la prisión (prisión domiciliaria). Pero además el juez de garantías debe controlar la duración razonable de la detención, lo que significa que puede apremiar a la Fiscalía para que practique las pruebas que permitan la acusación posterior y en todo caso siempre estará revisando si permanecen los fundamentos que justificaron la detención preventiva.

172

En cuanto a las medidas de intromisión en los derechos fundamentales, los expositores de la ley procesal entienden que son todas aquellas medidas que el Fiscal solicite y que supongan desarrollar actividades de investigación o búsqueda de pruebas dentro de un ámbito de privacidad de la persona que la ley protege, como son, el domicilio, las comunicaciones privadas, el cuerpo y los vestidos de la persona, su correspondencia y otras más. Para poder proyectar una clasificación de las medidas existe un intento clasificatorio que no deja de presentar problemas y que se expone de la siguiente manera:

a) Ámbitos de la privacidad donde se prohíbe todo acceso, por ejemplo, documentos y correspondencia que tenga el investigado con personas que no pueden ser objeto de interrogatorio o declaraciones (correspondencia entre padres e hijos, con el confesor, con el médico del investigado, etc.). La clasificación es problemática por lo que corresponde a los casos en que no se puede saber que se puede auscultar, por ejemplo, una interceptación telefónica, donde el investigado habla con su esposa o sus hijos.

b) Ámbitos donde la intromisión está regulada por ley, como inspección de datos bancarios computarizados, registro de lugares cerrados, exámenes corporales, incautación de objetos, interceptación de comunicaciones.

Cabe anotar que en el proyecto original de código de procedimiento que se presentó para el debate en el congreso chileno, estaba prevista una norma que permitía a la Fiscalía actuar sin el requerimiento judicial previo por razones de urgencia y con la posibilidad de ratificar la diligencia posteriormente, tal y como quedó en la Constitución colombiana, pero la reforma constitucional de 1997 en Chile cambió ese panorama e impidió la realización de

actuaciones sin orden judicial excepto en los eventos de registro y entrada a lugares cerrados. Además se adujo una razón práctica: se necesitaban jueces de garantías disponibles las 24 horas del día 7 días a la semana. Un costo que el erario no estaba dispuesto a asumir.

Por último, el control sobre la duración de la investigación por parte del juez de garantías se considera allí de la mayor importancia en la medida en que existe un funcionario que debe preocuparse por el desarrollo temporal de la investigación, para que no se afecte el derecho a un proceso en un plazo razonable. Todas las decisiones que tome el juez de garantías se desenvuelven a través de audiencias.²²

EL JUEZ DE GARANTÍAS DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN NACIONAL²³

173

Una interpretación acertada de la labor de juez de garantías en el marco constitucional implica varios aspectos, entre otros, una apreciación de los derechos fundamentales que pueden ser afectados con la persecución penal, una limitación de las afectaciones realizadas sin autorización judicial previa por cuenta de las autoridades de la Fiscalía fundamentada en el derecho internacional de los derechos humanos (bloque de constitucionalidad) y una apreciación de las facultades constitucionales que le permitan desarrollar su trabajo de control en el marco de las actuaciones legales que corresponden al buen desarrollo del procedimiento penal. Observemos:

Control de legalidad para los casos de aplicación del principio de oportunidad.²⁴ Al especificar que se trata de un control de legalidad so-

²² Para todas las afirmaciones sobre la legislación chilena véase Riego Cristián, Duce, Mauricio y otros. *El Nuevo Proceso Penal Chileno*. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 2000. Pp. 118-137.

²³ Toda esta parte con mayores referencias en Guerrero Peralta, Óscar Julián. *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Ed. Nueva Jurídica-Ed Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2004.

²⁴ Para todas las referencias sobre la discusión del principio de oportunidad. Guerrero Peralta, Óscar Julián. *El principio de oportunidad en la Constitución Política*, en *Estudios procesales* N° 2. Procuraduría General de la Nación. IEMP pp. 47-70. Urbano Martínez, José J. *El principio de oportunidad en el proyecto de Código de Procedimiento Penal*, en *Estudios procesales* N° 3. Procuraduría General de la Nación. IEMP pp. 39-58.

bre la aplicación del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía, se debe entender que el funcionario de control examina en primer lugar que la aplicación se sujete a las causales establecidas en el Código de Procedimiento Penal para interrumpir, suspender o renunciar a la persecución penal. Pero surge el problema de la extensión de esta función de control, pues se puede entender que la competencia se agota en el dictamen de adecuación a las causas legales, sin entrar a considerar el control material de fondo propiamente dicho. Desde la óptica que nosotros asumimos creemos que este tipo de control se extiende a las garantías constitucionales del procesado, por las siguientes razones:

174 En primer lugar, una aplicación mal entendida del principio de oportunidad puede comportar violación al artículo 29 de la Constitución. Tal y como lo expresa la norma de la Carta los ciudadanos tienen derecho a un proceso público. Es decir, la tutela judicial efectiva puede implicar que el derecho al proceso sea la vía para que alguien demuestre su inocencia y no la vía de la excepción al ejercicio de la acción penal en la cual la responsabilidad del procesado queda en entredicho, afectando su derecho fundamental al buen nombre.

En segundo lugar, la aplicación del principio de oportunidad reglado en la medida en que declina la persecución penal, puede ser una vía fácil para la vulneración de los derechos fundamentales, si se opta por causales que permiten la renuncia a la persecución a través de figuras como la colaboración del imputado. Así, la obtención de información para la investigación penal de hechos punibles que por su relevancia muestran mayor interés para las autoridades de persecución penal pueden afectar el derecho a no declarar contra sí mismo.

En tercer lugar, la aplicación del principio de oportunidad tiene un componente problemático frente al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley. De tal manera que pueden existir casos de igual entidad que resulten tratados diferentemente por la Fiscalía y sobre los cuales es necesario un control de fondo.

Por último, la reforma constitucional establece que el principio de oportunidad debe ser regulado dentro del marco de la política criminal del Estado. Aunque el diseño de la política criminal es del resorte del ejecutivo con la

participación del Fiscal General, se puede dar el caso de que las causales previstas para la aplicación del principio de oportunidad sufran una interpretación que desborde el propio marco constitucional y en esa medida se requiera un control de fondo por parte del juez de garantías.

Control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad. Las medidas restrictivas de la libertad en el nuevo esquema tendrán un control anterior a las determinaciones de la Fiscalía y no posterior. El problema que se plantea en este caso no es tanto sobre la extensión, sino más bien sobre el contenido del control, pues el examen del juez debe sopesar la extensión del derecho a la libertad como regla general y la presunción de inocencia frente a la necesidad de la detención para las finalidades que contempla la Constitución, es decir, la comparecencia del imputado, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

175

La jurisprudencia constitucional avanzó en el sentido de darle a la detención preventiva un marco estrictamente procesal que se concreta en las finalidades que justifican la medida. Si nos atenemos a dichas finalidades, el examen del juez de garantías debe pasar en primer lugar por los presupuestos legales para detener, lo que determina un cambio fundamental frente a lo que tradicionalmente se ha considerado en la doctrina nacional y extranjera como ‘gravedad del delito que se investiga’, pues el acto legislativo deja por fuera esa consideración. Se podría alegar una interpretación según la cual la naturaleza del delito que se investiga está incorporada en el presupuesto de aseguramiento de la comparecencia, pues entre mayor sea la gravedad de la conducta punible, menor será el interés del imputado en comparecer al proceso, pero si esta apreciación tiene cabida, obligatoriamente se deberá hacer en un contexto de mayor alcance que involucre el fundamento de necesidad del aseguramiento.

Se añade a lo anterior otro problema igual al planteado en Alemania que se cifra en las variables que debe tener en cuenta el juez de garantías para decretar la medida, esto es, si se requiere que concurran en conjunto las tres causales establecidas en el acto legislativo, vale decir, necesidad de aseguramiento para comparecencia, conservación de la prueba y protección de la comunidad, o por el contrario, si basta solo una de ellas para imponer la medida. En nuestro concepto la interpretación acertada debe ser la segunda, pues el examen del juez de garantías, como lo hemos expuesto, no puede

convertirse en la práctica en una interferencia con las funciones del Fiscal, sino en un examen de admisibilidad jurídica de la medida, la cual en este caso recae sobre los fundamentos que le lleve la Fiscalía para proceder a decretar la detención. La Fiscalía debe acopiar los suficientes indicios de responsabilidad sobre la autoría del hecho y como consecuencia de ese primer paso debe fundamentar las razones de riesgo de fuga, riesgo de entorpecimiento de la investigación por alteración probatoria o riesgo de reiteración. En realidad, como lo ha establecido la doctrina alemana, estas condiciones no requieren demostración exhaustiva, pues se valoran sobre la *probabilidad* que en su caso debe conducir a la conclusión de *necesidad* de imposición de la detención preventiva. Si el Fiscal dados los antecedentes aduce sumariamente cualquier riesgo, la valoración del juez la vinculará a la necesidad. La fundamentación del Fiscal es lógicamente controvertible, razón por la cual en algunos ordenamientos, para que el juez imponga la medida se realiza una audiencia, en la cual se debaten los presupuestos y se llega a las conclusiones que sean pertinentes.

Ligado al argumento anterior aparece lo que la doctrina foránea conoce como 'prohibición de exceso'. Este concepto hace referencia a un parámetro normativo según el cual el examen del juez ha de orientarse a ponderar los objetivos constitucionales de la detención frente a los efectos no deseados de ella. El juez a pesar de las razones que aduzca el Fiscal puede optar por una medida de menor intensidad que el internamiento carcelario para asegurar los fines del proceso. Si las medidas menos lesivas resultan justificadamente idóneas y necesarias, simplemente se acude a ellas como correctivo del exceso que puede implicar la privación de la libertad. Correlativamente a este principio se exige el criterio de proporcionalidad, esto es, el que la injerencia en la libertad resulte ponderada frente a las exigencias particulares del procedimiento.

Nos parece que la interpretación del numeral 1 del artículo 250 de la Constitución le da cabida a esta última apreciación, pues si se observa bien el tenor literal de la norma, allí no se habla propiamente de la detención, que se presentaría como una de las decisiones por tomar, sino de "*las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso*". Por lo tanto el Fiscal igualmente podrá solicitar al juez de garantías de acuerdo con los presupuestos legales la detención, la prohibición de salir del país, la

presentación periódica mientras dure la investigación, etc., o las que defina la ley según el caso.

Ahora bien, la interpretación autorizada de la Corte Constitucional reiterando las decisiones sobre este particular establece la existencia de un control formal y uno material. Al respecto ha dicho el juez constitucional.

"Cuando se examina la legalidad formal, el juez debe evaluar si se observó el debido proceso en lo que concierne a los presupuestos constitucionales y legales de la detención preventiva. Es decir: i) orden escrita de autoridad judicial competente, ii) adopción de la medida con base en las formalidades legales y iii) motivos previamente fundados en la ley. De acuerdo con la Carta, la detención preventiva solo procede en los casos taxativamente señalados en la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la ley. Por ende, la inobservancia del debido proceso en lo que respecta a la restricción de la libertad personal, quebranta la Carta Política y da lugar al control de legalidad de las medidas de aseguramiento.

177

*Cuando se examina la legalidad material, el juez debe evaluar si se reúnen los **requisitos probatorios y de necesidad y proporcionalidad** para la adopción de la medida. Las hipótesis referentes a los falsos juicios de existencia, a los falsos juicios de identidad y a los errores jurídicos relativos a la aducción y valoración de la prueba, no son taxativos. En consecuencia, bien puede el juez realizar el control de legalidad, cuando se encuentre frente a errores ostensibles de otra naturaleza. No puede sacrificarse la justicia material, ante la evidencia de errores protuberantes en la restricción de un derecho fundamental como la libertad.²⁵ (El énfasis es nuestro.)*

Control sobre la captura. La Constitución establece que se trata de una medida excepcional y por lo tanto, la regla general será la de autorización previa por cuenta del juez de control de garantías, pero el mandato constitucional también remite al legislador a establecer excepciones. En la doctrina extranjera dichas excepciones se conocen como 'riesgo en la demora' e implican una actuación inmediata de las autoridades de persecución penal.

²⁵ Sentencia C-805 de 2002.

1. Medidas para autorizar injerencias por parte de la Fiscalía

En cuanto a lo primero, esto es, siguiendo la Constitución Nacional en su artículo 250 numeral 3 se establece que corresponde al juez de garantías autorizar medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales cuando en la labor de aseguramiento investigativo de la Fiscalía así se requiera. Esta es una función de control anterior en donde juegan con gran significado los límites de investigación penal. La sentencia 1092 de 2003 anota a este respecto que ‘el Constituyente, retomando la experiencia de la estructura básica del proceso penal en el derecho penal comparado, previó que la Fiscalía, en aquellos casos en que ejerce facultades restrictivas de derechos fundamentales, esté sometida al control judicial o control de garantías –según la denominación de la propia norma–, decisión que denota el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho.’

Así las cosas, el nuevo procedimiento penal debe limitar las actuaciones de la Fiscalía en el marco de los derechos fundamentales y para tales efectos el derecho constitucional ha marcado diversos derroteros. Bacigalupo²⁶ anota con razón que existe una libertad de determinación investigativa en la búsqueda probatoria por parte de la Fiscalía a la cual se le llama ‘principio de libre configuración de la instrucción’, esto es, que los procesos penales con principio acusatorio se caracterizan por la ilimitada extensión de los medios de prueba mientras estos no vulneren en su obtención o producción derechos fundamentales en forma directa o indirecta. Por lo tanto se trata ante todo de una vinculación de la investigación a la garantía de los derechos fundamentales del investigado.

Las limitaciones más exigentes desde el punto de vista de los valores constitucionales se encuentran en la presunción de inocencia, el principio de proporcionalidad, el privilegio contra la autoincriminación y el principio de un proceso sin dilaciones indebidas. Quizá el punto más importante en la reafirmación de los derechos fundamentales estriba en el hecho de que la

²⁶ Bacigalupo, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2002. Pp. 169-187.

iniciación de la investigación requiere la verificación de una sospecha suficientemente consciente de la existencia de una conducta punible que la Constitución expresa en una interpretación sistemática de los artículos 29 y 250 de la Carta como realización de la investigación de los hechos que revistan características de un delito.

Ahora bien: a este desarrollo de la presunción de inocencia se debe sumar que el proceso penal se enfrenta siempre a la necesidad de valorar la legitimidad de una intromisión en los derechos fundamentales frente a las necesidades de persecución penal. Este problema que reconduce la temática a la teoría de los derechos fundamentales en el derecho constitucional. No obstante y a pesar de la ausencia de un consenso claro, por lo menos existen dos tendencias bien marcadas en aquello que se refiere a la ponderación entre derechos fundamentales y desarrollo del proceso penal. A este respecto, siguiendo a Bacigalupo, aparece como rasgo esencial la proporcionalidad resumida en tres reglas generales que permiten apreciar la legitimidad de una intromisión en los derechos fundamentales de la siguiente forma:

179

Las intervenciones deben ser *adecuadas* para alcanzar la finalidad perseguida. También se conoce como principio de idoneidad o utilidad. Por lo tanto la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la misma con relación a la obtención de la prueba relevante a los efectos del delito concreto, que es objeto de instrucción. La prueba será relevante en este sentido cuando de ella se pueda derivar el conocimiento de algún elemento del tipo penal o de cualquier otro elemento del hecho punible concreto. En pocas palabras, es un examen de medios y fines que debe contribuir a la obtención de un resultado pretendido, como lo establece el Tribunal Constitucional Alemán.

En segundo lugar, el análisis de admisibilidad pasa por un examen de *necesidad*. Este concepto en su contexto de aplicación de las medidas de injerencia en el proceso penal significa que cuando el instructor no tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima la intervención. Por lo tanto el juez de garantías al aplicar una medida debe exigir al investigador las alternativas que tiene y las dificultades que se presentan frente a su hipótesis delictiva, de encontrar que no existe otra posibilidad sino aquella de limitar un derecho fundamental debido a que el resultado no se podría obtener o sería sumamente difícil llegar al mismo, podrá autorizar la injerencia.

En la jurisprudencia y doctrina extranjera se ha llegado a una especie de test que les permite a quienes deben autorizar las injerencias en los derechos fundamentales hacer las valoraciones correspondientes. Así, por ejemplo, las formulaciones germanas a este respecto establecen:

a) La medida no resulta admisible cuando el investigador puede obtener igual o mejor resultado con una injerencia menos grave.

b) Se añade que el juez debe valorar los resultados secundarios de la injerencia en la obtención del resultado pretendido. Si la alternativa más gravosa produce un efecto secundario la efectividad pretendida debe ser máxima.

180 c) Las medidas menos restrictivas que no produzcan efectos secundarios siempre serán de mayor recibo que las gravosas, es decir, la efectividad pretendida se aminora.

Por último el examen de admisibilidad pasa por las consideraciones de *proporcionalidad*. Se trata en este caso de ponderar hasta qué punto resulta admisible la limitación de un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades de persecución penal para realizar su labor de administrar justicia. En suma: se trata de equilibrar la balanza de dos intereses en conflicto, los de las exigencias constitucionales de realizar el valor justicia y los que le corresponden a la esfera de la individualidad catalogados en la misma Constitución como derechos fundamentales.²⁷

Los criterios establecidos en la doctrina útiles a este efecto pueden ser: el criterio de la consecuencia jurídica, la importancia del asunto y las exigencias de política criminal.

En cuanto a lo primero se entiende que este criterio está relacionado con la averiguación de una conducta de la cual cabe esperar que efectivamente se llegue a una condena de la persona investigada. Lógicamente no se trata de desconocer la presunción de inocencia, por esa razón la medida por tomar resulta completamente admisible cuando existen fundamentos probatorios lo

²⁷ Para todos los efectos de ponderación proporcionalidad véase Bernal Cúellar/Montealegre Lynnet. *El proceso penal*. Universidad Externado de Colombia. 5ª. ed. 2004.

suficientemente contundentes como para que la injerencia tomada complete y determine una acusación.

En segundo lugar la importancia del asunto se inscribe en la gravedad del delito investigado. Es cierto que nuestra legislación procesal penal no contempla una división entre delitos graves y menos graves, pero para tales efectos el marco de libertad que permiten las exigencias de política criminal pueden suplir esa pretendida clasificación. Pero también contribuyen a concretar el criterio la gravedad de la pena legalmente prevista, la naturaleza del bien jurídico lesionado, las formas de comisión del hecho o la especial intensidad del comportamiento delictivo.

Las exigencias de política criminal son el criterio más criticado por la doctrina, pero no por ello dejan de ser relevantes para un juicio de proporcionalidad. Efectivamente, al igual que la gravedad de la conducta se trata aquí de saber en qué factores claves de la criminalidad hay un interés socialmente preponderante. Nosotros pensamos que este criterio debe ser esencialmente objetivo, esto es, debe combinar los supuestos establecidos por las autoridades encargadas del diseño de política criminal y por otra parte, atender al criterio expuesto anteriormente.

181

Otros autores circunscribiendo la temática a la doctrina constitucional prefieren hablar de la llamada *teoría de los dos niveles*. Así Roxin²⁸, comentando las peculiaridades del desarrollo de la jurisprudencia constitucional alemana, anota que existen campos completamente vedados a las injerencias estatales en los derechos fundamentales motivados por la investigación penal (núcleo intangible) pero dependiendo de la gravedad del delito hay lugar a que se predique una intromisión en el derecho fundamental cuando se permita el ejercicio de ponderación basado en criterios como los anteriormente expuestos. En palabras del propio Roxin comentando la decisión (BVerfGE 34, 238) de acuerdo con esta teoría, existe una diferencia entre "el área nuclear de un estilo personal de vida" y la privacidad de la persona. Cualquier prueba

²⁸ Para todas las referencias de este autor sobre el tema. Véase, Roxin, Claus. *Pasado, Presente y Future del derecho procesal penal*. Traducción de Óscar Julián Guerrero. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. 2004.

resultante del rango del núcleo esencial de la personalidad debe ser tenida automáticamente como inadmisibles, mientras que en el problema relativo a la admisión de prueba que comprometa el resto del área de la privacidad, el tribunal debe ponderar el interés estatal en la persecución penal contra la protección de la individualidad.

Permítanme, dice Roxin, citar las palabras del Tribunal Constitucional: la ley fundamental, que en Alemania es la Constitución, garantiza a "cualquier ciudadano un área inalienable de su estilo de vida personal..., el cual está exento de cualquier intromisión de las autoridades públicas... Este núcleo esencial del estilo de vida privado tiene una protección conscientemente ilimitada y las interferencias no pueden ser justificadas por referencias tales como el interés prevalente; no hay lugar a la realización de una ponderación de intereses de acuerdo con los criterios de razonabilidad "(BverfGE 34, 245). Si no se afecta el área inalienable del estilo de vida personal, el interés en la investigación de la verdad ha de ser sopesado frente al interés del acusado en la protección de su ámbito privado de la personalidad"²⁹.

182

2. Medidas sometidas a examen posterior

El artículo 250 de la Constitución en su numeral 2 establece que corresponde al juez de control de garantías el control sobre las medidas que tome la Fiscalía sin que para ello se requiera autorización judicial previa. Estas medidas expresamente contenidas en la carta son los allanamientos, los registros, incautaciones e interceptación de comunicaciones.

Originariamente el acto legislativo establecía que la labor del juez de garantías se circunscribía a determinar la validez de tales actuaciones pero la Corte Constitucional en sentencia C-1092/2003 declaró inexecutable la última parte de la disposición. Así el marco de actuación se amplía ya que en palabras de la misma Corte "es claro que la expresión *validez* inserta en el numeral 2 del artículo 250 superior, es de un valor jurídico incierto en el texto constitucional, como quiera que el Constituyente derivado no tuvo oportunidad de discutir con amplitud cuáles serían los efectos de su inclusión en la norma bajo examen, lo que comporta en el precepto un sentido restrictivo

²⁹ Roxin, Claus. Supra nota 27, p. 110-101.

esencialmente distinto de como en primera vuelta se había estructurado la institución jurídica del control de garantías." Y en otro de los apartes de la misma decisión se añade: " Así mismo, de las razones expuestas en los informes de ponencia respecto de la norma, se observa que el control a cargo de los jueces se configuró de manera amplia e integral y tendría por objeto el examen de las razones que motivaron el adelantamiento de la diligencia, su pertinencia y, en especial, la verificación sobre el respeto de los derechos fundamentales."

Tomando como base esta reflexión y además teniendo en cuenta la historia legislativa se puede encontrar un marco de actuación para la labor del juez de garantías que en este caso se debe entender en sus acepción más sencilla como control formal y material sobre las medidas tomadas por la Fiscalía General de la Nación. En este sentido conviene resaltar lo siguiente:

183

- a) *Motivación de la diligencia.* Quiere decir que en el examen posterior que adelanta el juez de garantías debe reconocer que existe una base indiciaria suficiente para proceder a afectar los derechos fundamentales relativos a la privacidad del domicilio (artículo 28 de la Constitución Nacional para el caso de registros y allanamientos) libertad de comunicación (artículo 15 de la Constitución Nacional, para el caso de las interceptaciones telefónicas) y la propiedad privada (artículo 58 de la Constitución Nacional para el caso de las incautaciones).

En cualquier caso se debe reconocer que en cada medida existen exigencias constitucionales particulares como se verá posteriormente.

- b) *Pertinencia.* Al igual que en las medidas que requieren autorización judicial previa para que se cumplan las exigencias constitucionales aquí existe un examen de pertinencia que indica que la medida por la que ha optado la Fiscalía resultaba relevante para la obtención probatoria y efectivamente no existía un medio distinto sin el que se pudiese llegar al mismo resultado.
- c) *Verificación de respeto a los derechos fundamentales.* Este es el punto de mayor importancia, pues si se atiende bien a la decisión de constitucionalidad estamos en presencia de un examen material so-

bre el procedimiento en sí mismo. En este sentido juegan aspectos tan importantes como la dignidad humana, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, el exceso en la ejecución de la medida, etc.

LA LABOR DEL JUEZ DE GARANTÍAS DE CONFORMIDAD CON EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL

El nuevo Código de Procedimiento Penal tiene una participación muy activa del juez de control de garantías en el marco de la investigación penal, al punto que podemos decir que el principio acusatorio despliega toda su efectividad justamente con el servicio de este funcionario.

184

El artículo 39 del CPP señala claramente que la función de control de garantías debe ser ejercida por un juez penal municipal del lugar de la comisión del hecho punible. Esta aparece como la regla general, sin embargo el CPP les da solución por vía de excepción a tres casos problemáticos: el primero que existan varios jueces municipales en el lugar de la comisión del hecho, caso en el cual se deben sujetar los funcionarios a los turnos que establezcan los correspondientes consejos seccionales de la judicatura y en su caso el Consejo Superior; el segundo que se refiere al caso en el que un juez municipal también deba ejercer como juez de conocimiento en un caso (artículo 37 del CPP) o concurra en él una causal de impedimento y exista un solo funcionario en el municipio, caso en el cual la función de control de garantías deberá ejercerla un juez municipal del mismo lugar sin atender a su especialidad y por último si allí no existe juez municipal de la misma u otra especialidad la función se debe ejercer por el juez municipal del municipio más próximo.

El artículo 43, por su parte, soluciona el problema de la indeterminación del lugar de la comisión del delito optando por definirlo de acuerdo con el lugar donde la Fiscalía formule la acusación.

Así el juez de control de garantías en el proceso penal no está concebido como función, sino como órgano. El hecho de que los mismos jueces de conocimiento ejerzan como jueces de garantías no deja de representar un problema, si se tiene en cuenta que no solo es una función de control, sino una labor que le da dinámica al proceso penal.

Para efectos meramente clasificatorios podemos dividir la función de control de garantías de la siguiente manera:

FUNCIONES RELATIVAS A LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN PENAL

a) Medidas sobre bienes susceptibles de comiso

Su regulación se encuentra en los artículos 82 a 89 del CPP. Básicamente se prevé una audiencia de *control de legalidad* (artículo 84) durante las siguientes treinta y seis horas posteriores a la incautación u ocupación de bienes o recursos que cumplan con los rasgos señalados en el inciso primero del artículo 82. Por lo tanto las variables a controlar en este caso serán:

185

1. *La calidad de los bienes*, esto es, bienes que **sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.**
2. *El monto de los bienes*, para lo cual el juez de garantías debe atender el inciso segundo del artículo 82 y tomar las determinaciones relativas a la equivalencia de acuerdo con la información que aporte la Fiscalía.
3. *Motivos fundados*. El CPP exige que se realice una inferencia relativa a que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo. Claro está, los motivos fundados deben ser aportados por la Fiscalía y al juez le corresponde su corroboración y sus excepciones.

b) Medidas relativas a la suspensión del poder dispositivo sobre bienes

Estas medidas se relacionan con una circunstancia especial del proceso que se refiere a los casos en los que la Fiscalía con el desarrollo de la investigación llega a la audiencia de imputación o a la audiencia preliminar y se requiere suspender el poder dispositivo de bienes afectos a comiso, mientras se resuelve definitivamente sobre su devolución. La tarea del Juez de garantías en este caso es *mutatis mutandis* la misma establecida en el aparte precedente. Pero no obstante hay una variable nueva establecida en el artículo 85 relacionada con un examen de la Fiscalía que también debe ser susceptible de control, esto es, que la solicitud de la suspensión del poder dispositivo sobre bienes debe consultar el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración.

Le corresponde también al juez de garantías a este respecto, a instancia de la Fiscalía o quien demuestre su legítimo interés en la pretensión disponer el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo. En este caso antes de la formulación de la acusación y en un término que no puede exceder de seis meses la Fiscalía debe hacer un examen de los bienes incautados, de tal manera que se disponga la devolución de aquellos que no sean necesarios para la indagación o investigación o no puedan ser afectos a comiso.

c) Suspensión de las personerías jurídicas

El artículo 91 del CPP contempla que igualmente antes de presentarse la acusación por solicitud de la Fiscalía, el Juez de control de garantías puede ordenar, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, la suspensión de personería jurídica o cierre de establecimientos abiertos al público. En este caso el control se dispone básicamente como un control de legalidad, en cuyo examen deben jugar las siguientes variables:

1. Cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la suspensión de la personería jurídica o cierre de establecimiento.
2. Motivos fundados que permitan una inferencia sobre la dedicación total o parcial de la persona jurídica a actividades al desarrollo de delictivas. Este último requisito debe interpretarse teniendo en cuen-

ta el inciso segundo del artículo 91, esto es, que en la sentencia condenatoria se decide definitivamente con el criterio, más allá de toda duda razonable, sobre las circunstancias que originaron la medida. En este sentido basta con que los motivos fundados correspondan a elementos indiciarios sobre la destinación del establecimiento o la persona jurídica a actividades delictivas.

d) Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente

En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.

187

e) Medidas cautelares sobre bienes contempladas en el CPP

Se encuentran establecidas en los artículos 92 a 101 del CPP. Pero para aclarar la temática frente a la nueva legislación procesal hay que tener en cuenta que estas medidas se relacionan con el denominado ‘ejercicio del incidente de reparación integral’, esto es, que las pretensiones económicas como resultado de la conducta punible se resuelven una vez se haya definido la responsabilidad penal del autor en un incidente que lleva este nombre.

Las medidas que puede decretar el juez de control de garantías son embargo y secuestro con las siguientes características:

1. Se decretan en la audiencia de imputación, o con posterioridad a ella en una audiencia especial, lo cual quiere decir que si no se han realizado embargos y secuestros sobre los bienes del acusado esta medida procede ante el juez de garantías en audiencia especial. (Artículo 153 CPP).
2. Se decretan a instancias de la víctima directa o la Fiscalía sobre bienes del imputado o acusado. Lógicamente el problema aquí es determinar quién es víctima en sentido directo. El artículo 92 CPP establece que para tales efectos se debe acreditar sumariamente esa calidad, la naturaleza del daño recibido y la cuantía de la pretensión.

Por lo tanto se trata de un análisis en donde se establezca una relación de causalidad entre la naturaleza del daño irrogado y la condición del perjudicado.

3. Deben ser necesarias o mejor suficientes para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados por el delito. Para tales efectos se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil. (Artículo 93 CPP).
4. Pueden ser revisadas por el juez de control de garantías a instancias del acusado o imputado para tomar una decisión menos gravosa bajo el supuesto de *pertinencia*.
5. Deben estar sometidas a un examen de proporcionalidad, esto es, se debe hacer un examen entre la gravedad del daño irrogado y la probabilidad de sentencia relativa a la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios.

FUNCIONES DE CONTROL RELATIVAS A LA IMPULSIÓN DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN

a) Actos de imputación

Nosotros mantenemos la posición según la cual el juez de garantías no es simplemente un destinatario de la imputación en el sentido de que se hace ante él un acto de formalización de la investigación, por esa razón creemos que el juez de control de garantías tiene una labor en la imputación. La actuación del juez de garantías en el acto de imputación se dispone como una audiencia especial de control en la que fundamentalmente se deben controlar los siguientes supuestos:

1. Si se trata de una captura en flagrancia el Juez debe controlar que efectivamente se trata de esta categoría, y en el mismo sentido la forma en que se ha realizado la captura de acuerdo con las exigencias constitucionales y legales.

2. El juez debe controlar el sentido de *inferencia razonable de autoría o participación del delito investigado sobre la base de evidencia física o información legalmente obtenida*. Este control es de los aspectos más complejos que trae el nuevo código en la medida en que se trata de un criterio probatorio para generar la imputación que corresponde realizar a la Fiscalía con los criterios de su hipótesis delictiva. Por lo tanto, así el juez se limitará únicamente a su labor de control de garantías es en la práctica inevitable que introduzca su criterio jurídico sobre la conducta investigada por el Fiscal. Pero bien observado no es que ello signifique una invasión del juez frente a la labor de la Fiscalía, sino el ejercicio de un control que se ampara en los supuestos constitucionales de la protección de la presunción de inocencia en la medida en que la norma comentada implica un examen tres supuestos, a saber: *que existe una base suficiente para determinar con un grado de inferencia razonable que la persona susceptible de imputación es autor o participe de un delito que se está investigando*. En este sentido juegan las categorías del Código Penal (artículos 29 y 30) pues en una interpretación sistemática este debe ser el criterio para controlar la actividad de la Fiscalía sujetándose al criterio establecido de inferencia razonable. Esta razón nos lleva a criticar una vez más la pésima, contradictoria y confusa redacción del artículo 287 del CPP. No es posible como lo dice la aludida disposición hacer imputación fáctica cuando en la misma norma se exige inferencia de *autoría, participación del delito que se investiga*. En otras palabras: son más las exigencias para hacer una imputación jurídica que una imputación fáctica. En segundo lugar debe controlar que los materiales probatorios y evidencia física o la información que soportará la imputación deben haber sido *legalmente obtenidos*, es decir, fuera del examen de suficiencia, es menester determinar la legalidad del material, lo cual conduce a un examen constitucional de evidencia recaudada con cumplimiento del debido proceso y en tercer lugar se determinará la inferencia razonable, es decir, el juez debe hacer un examen de lógica sobre la pretensión de la Fiscalía en el que juegan los dos factores anteriormente aludidos, en otras palabras, se trata justamente de que la imputación sea correcta entre persona y conducta.

3. El juez debe controlar las exigencias formales de la imputación, esto es, los requisitos establecidos en el artículo 288 que deben ser expresados oralmente por el Fiscal, pero aquí, la exigencia de control formal debe de trascender el requerimiento legal puesto que se trata de un derecho del imputado a saber y a tener conocimiento de qué es lo que la Fiscalía tiene contra él, cuyo fundamento legal se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos.³⁰
4. Debe controlar el traslado de información de la Fiscalía sobre la posibilidad de allanarse a la imputación. Para tales efectos el CPP dispone en su artículo 131 que si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá *el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado*. Sin duda esta es una disposición semejante a la regla 11 de las reglas federales de procedimiento penal para los efectos de declaración de culpabilidad que se utiliza en los Estados Unidos.

En todo caso debe advertirse la contradicción existente en el CPP a este respecto, pues mientras que el artículo 131 determina esta responsabilidad frente al juez de control de garantías, el artículo 282 del CPP contempla la misma figura del interrogatorio por cuenta de la Fiscalía o la policía judicial y la consecuente aceptación por el 'imputado'. La lamentable redacción permite apreciar que, en primer lugar, no es ninguna función constitucional de la policía judicial hacer imputaciones, en segundo lugar el artículo 282 para salvar semejante entuerto afirma que *sin hacerle imputación alguna* a la persona investigada se le deberá instruir sobre sus derechos y si desea declarar se podrá interrogar en presencia de su abogado y para rematar el artículo 283 habla de la aceptación '*por el imputado*', es decir, por la persona a la cual no hay posibilidad de hacerle ninguna imputación. Patente inconstitucionalidad la

³⁰ Véase O'Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá. 2004. Pp. 416-418.

consagrada en estos artículos con el riesgo de enorme de que las autoridades de policía judicial abusen del interrogatorio, obtengan información subrepticiamente o incluso condicionada por el error o por el engaño del investigado.³¹

b) Actos de imputación de persona ausente

Esta función está contemplada en el artículo 127 del CPP, según el cual, cuando al fiscal no le haya sido posible localizar a quien requiera para formularle imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, solicitará ante el juez de control de garantías que lo declare persona ausente adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo.

191

En este evento la función del juez de control de garantías se circunscribe a una tarea de verificación de los esfuerzos de la Fiscalía por la ubicación de la persona ausente que se expresa en el último inciso de la disposición citada, como ‘agotamiento de los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado’.

c) Prueba anticipada

La *prueba anticipada* hace referencia a aquella que se practica con intervención de funcionario judicial y con posibilidad de someterla a contradicción, realizada cuando fuere de temer que no podrá practicarse en juicio oral o que su práctica pudiese determinar la suspensión de la audiencia, esto es, cuando no sean reproducibles en la audiencia oral o cuando siendo por naturaleza reproducibles, concurren circunstancias fundadas que impiden practicarlas en el plenario.³² El nuevo CPP contempla a este respecto la prueba anticipada, justamente como una excepción al principio de inmediación. En desarrollo de esta norma rectora está el artículo 284 del CPP, el cual establece las exigencias legales para que sea procedente tal práctica.

³¹ Roxin, Claus. Ob. cit. Supra nota 28.

³² San Martín, César. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Grigley. Lima. 2000.

En este caso el examen del juez de garantías se debe circunscribir básicamente a la existencia de motivos fundados y de extrema necesidad que justifican la excepción a la inmediación de la prueba en el juicio oral, aunque se debe anotar que esta decisión también está sujeta a recurso. Por otra parte, en estos casos el juez de control de garantías funge como si fuera juez de conocimiento, por lo tanto debe practicar la prueba con todos los requerimientos que resultarían claves en la audiencia del juicio oral, pues básicamente aquí se trata no tanto de la anticipación de la prueba, como sí del contradictorio y en esa misma medida se ejerce la labor de tal manera que los resultados de la discusión puedan tener efecto en la fase principal del proceso.

FUNCIONES DE CONTROL POSTERIOR RELATIVAS A LA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN PENAL

Actos de control sobre medidas que no requieren autorización judicial previa.

A los requerimientos ya anotados relativos a la *motivación de la diligencia*, pertinencia y verificación de las limitaciones permitidas a derechos fundamentales como regla general que se deduce del ordenamiento constitucional debemos anotar su desarrollo legal, así como otras variables a controlar en cada medida específica, esta vez provenientes del contexto legal de los derechos humanos con incidencia en el proceso penal y de las exigencias del nuevo ordenamiento procesal. Así, podemos exponer aquí los siguientes aspectos:

Control posterior sobre el derecho fundamental a la intimidad e inviolabilidad del domicilio (registros y allanamientos)

El nuevo CPP establece en el artículo 219 la procedencia de registros y allanamientos en los siguientes términos: ‘El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la

policía judicial. Si el registro y allanamiento tienen como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, solo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.’

La estructura de control dispuesta para estos efectos incluye en el nuevo CPP:

1. **Adecuación.** En una interpretación sistemática de los artículos 14, 114 numeral 3, y 219 del CPP se establece que el objeto del registro y allanamiento es obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado. Aquí resulta extraña la expresión ‘indiciado’, pues antes que indicios para proceder a una captura el Código monta la estructura basada en ‘motivos fundados’ (véanse los artículos 300 –captura sin orden judicial– así como los relativos a la detención preventiva, es decir, inferencia razonable de autoría o participación).
2. **Autorización.** Como requisito formal de actuación se debe disponer por parte del fiscal una orden de allanamiento o registro como regla general. Son excepciones a esta regla el allanamiento y registro en caso de flagrancia; la ejecución de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado y tres supuestos sumamente cuestionables desde el punto de vista constitucional, como son: el consentimiento del titular del bien afectado o de quien tenga interés en el procedimiento; la llamada expectativa razonable de intimidad y las situaciones de emergencia. (Artículo 230 CPP).

En cuanto al consentimiento, no puede afirmarse que el artículo 28 de la Constitución permita en el desarrollo legal una justificación de tal naturaleza. En este sentido la discusión gira en torno a la pregunta de si el consentimiento del agredido permite prescindir de las formalidades que la ley exige (decisión fundada, orden escrita, horario, etc.) o, por el contrario, carece de ese efecto legitimante para la observancia de lo reglamentario. La respuesta ha de ser negativa. El profesor argentino Julio Maier se expresa a este respecto de la siguiente manera: ‘La Constitución declara inviolable el domicilio, la correspondencia, las comunicaciones y los documentos privados, tolerando que la ley, sin desnaturalizar su sentido de garantía individual, establezca los casos en los cuales se pueda proceder al allanamiento y ocupación, las exigencias para

la justificación de la injerencia y las formalidades bajo las cuales se debe proceder... De esta manera, la ley aclara que el consentimiento carece de valor legitimante, que no es cuestión de pedirle permiso al interesado para eludir la decisión y la orden judicial, sino por el contrario, recabar previamente la autorización del juez, como regla, antes de visitar o molestar los particulares'.³³

194 En cuanto a la expectativa razonable de intimidad³⁴ establecida como aquellos casos en los que el objeto por registrar se encuentra a campo abierto, a plena vista o abandonado, es necesario decir que la ubicación (campo abierto) del bien, la ausencia del propietario o tenedor no enervan las exigencias constitucionales para la afectación, pues al fin y al cabo, la Constitución tampoco permitiría que sobre el ámbito privado de la personalidad, la propiedad o el domicilio se construyan 'expectativas' 'razonables'. Por el contrario, la Constitución pretende que se instalen núcleos intangibles en los derechos fundamentales, en los cuales no le es dable a la persecución penal entrar y que del mismo modo las injerencias cuyos límites están marcados por la legislación les definan a las personas un mínimo de seguridad sobre las formas de proceder de las autoridades de persecución penal. Más aún, resulta alarmante que la redacción del artículo 230 se disponga de tal forma que el parágrafo haga extensiva la carencia de una expectativa razonable de intimidad cuando las autoridades de persecución penal puedan utilizar medios técnicos para el registro.

Las situaciones de emergencia no requieren mayor aclaración, pues se trata en todo caso de actuaciones justificadas por fuerza mayor, caso fortuito que ya están contenidas en la ley penal.

3. Fundamentación. Se trata de motivos razonablemente fundados para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario o al tenedor del bien por registrar. Para hacer más objetiva esta noción el artículo 221 del CPP determina la existencia de un respaldo probatorio que se

³³ Maier Julio. *Derecho Procesal Penal*. Fundamentos. Ed. del Puerto, Buenos Aires. P. 687.

³⁴ Una apreciación parecida en lo que corresponde a las expectativas de intimidad puede observarse en Carrió Alejandro. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Hammurabi. Buenos Aires. 2002 P. 340-344

circunscribe como mínimo a l informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. En otras palabras, se trata realmente de un doble examen: por una parte, el juez de garantías en el control posterior debe determinar que existió una relación de causalidad entre el bien registrado y el tenedor o propietario (presunción de hallazgo) y por otra parte, debe controlar que el examen de la Fiscalía para proferir la medida se basó en un mínimo de actividad probatoria para lo cual el propio fiscal deberá llevar a la audiencia de control posterior (artículo 237 del CPP) sus apreciaciones sobre la evidencia recolectada, los testimonios o los informes de policía judicial. El Código limita la actividad del juez de control de garantías con respecto a la reserva de la identidad de los informantes de la policía.

195

- 4. Localización.** El juez de control de garantías debe examinar en la audiencia posterior los antecedentes que fundamentaron la orden de registro y allanamiento y cotejarla con los resultados, pero ante todo con la práctica y ejecución de la diligencia, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 222 del CPP la orden que permite la diligencia debe indicar los lugares por registrar. Si no es factible esa determinación del lugar por registrar, el fiscal debe argumentar las razones para adelantar el operativo, pero la misma disposición limita las órdenes de registro y allanamiento indiscriminados o las determinaciones ‘globales’ de los bienes por registrar.

Sin duda esta es una de las modalidades más complejas del control, pues la existencia del requerimiento formal desde el punto de vista constitucional no enerva las irregularidades que se determinen en la ejecución del allanamiento o registro a efectos de definir una posible recaudación probatoria con violación del debido proceso, cuya consecuencia es la nulidad (constitucionalmente hablando) y la exclusión. Así, los hallazgos que se extiendan fuera de los lugares determinados en la orden vulnerarán el debido proceso. Las razones del fiscal para no determinar con precisión el lugar y aun así proceder al registro o allanamiento deberán tener un criterio objetivo, por ejemplo, en el respaldo probatorio exigido por el 221 del CPP, pero además en la justificación para no determinar el lugar por registrar. Si resultare de ello

que por ejemplo, el fiscal tenía suficientes elementos de juicio para una determinación objetiva del lugar objeto de registro la diligencia puede rechazarse en el control.

El control debe también tener en cuenta que a este efecto existen excepciones, esto es, que los hallazgos resultantes de lugares autorizados en la orden permiten extender la diligencia, incluidos los que pueden encuadrarse en situaciones de flagrancia. (Artículo 225 CPP).

5. Extensión de la garantía constitucional. El artículo 223 del CPP pretende definir el alcance de las garantías constitucionales a la intimidad del artículo 15 de la Constitución y del amparo domiciliario del artículo 28. Hasta cierto punto los numerales de la disposición procesal son consecuentes con la noción de núcleo intangible, pero el parágrafo nos pone en una situación que merece un análisis, pues se trata de los casos en los que el núcleo intangible no opera para efectos de investigación penal.

Los interrogantes que plantean las limitaciones al derecho al ámbito privado de la personalidad y al domicilio no se pueden responder desde el proceso penal. Y en esto se ha de ser categórico, las respuestas están en el derecho constitucional y en la teoría de los derechos fundamentales. Aquí no se puede afirmar bajo ningún punto de vista que por ejemplo la dignidad humana es 'renunciable', o que la condición de auxiliador, partícipe o coautor del delito investigado permita a las autoridades de persecución penal, por ejemplo, tomar comunicaciones privadas del partícipe para probar la culpabilidad del imputado.

En este caso el juez de garantías debe remitirse a las nociones constitucionales de injerencias en el ámbito de la personalidad previstas legalmente; las nociones de ponderación y la llamada teoría de los dos niveles de afectación constitucional.

6. Ejecución y plazos. Todas las reglas contenidas en los artículos 225 y 226 del CPP son punto de referencia obligatoria para el juez de garantías. Así, tenemos el plazo del diligenciamiento; la hora de realización; la limitación por el lugar y por los objetos afectos a registro y el control sobre los pormenores de la ejecución. De toda la

actuación queda un acta cuyos requisitos están establecidos en el artículo 227.

Como puede observarse estas variables incluyen aspectos formales (orden con requisitos legales, fundamentación, respaldo probatorio, determinación de alcance) pero resulta complejo escindirlos de los aspectos materiales que se disponen para la ejecución, máxime cuando en cada situación existen excepciones.

Control posterior sobre la afectación al
derecho fundamental a la intimidad y a la
inviolabilidad de las comunicaciones
(interceptación de comunicaciones
(telefónicas y correspondencia)

197

El nuevo Código de Procedimiento Penal en sus artículos 235 a 238 contempla las normas que desarrollan la interceptación de comunicaciones y por ende la limitación a la intimidad y al secreto de las mismas. En forma especial se dispone la retención de correspondencia, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y similares, la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos.

El caso que interesa aquí, por obvias razones, es el de la interceptación telefónica, pues es el medio más utilizado. A este respecto el artículo 235 dispone el procedimiento y las exigencias formales de fundamentación escrita de la orden, las limitaciones respecto a las comunicaciones del defensor y los plazos. Con todo, los parámetros de control en este caso son mucho más exigentes dado el alto rango que se le otorga al plano de la intimidad en aquello que se refiere a auscultar la palabra hablada y además por la latente discusión frente al *nemo tenetur se ipsum accusare*. Por las razones anotadas anteriormente, los fundamentos de control provienen en este caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, punto sobre el cual podemos hacer una breve referencia.

Lo primero que valora la jurisprudencia internacional es la extensión material de la esfera de la intimidad, pues el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) se expresa en el sentido de que

‘nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada... o en su correspondencia,’ redacción que implica una prohibición y al mismo tiempo un derecho que requiere acciones positivas estatales para su protección. Esta redacción es en su esencia compatible con la norma constitucional colombiana que establece que ‘la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables.’ Tanto de la disposición nacional como de la internacional se colige que las restricciones al derecho en cuestión solo pueden realizarse para un fin legítimo o autorizado. Así lo recalcan los analistas internacionales al interpretar el artículo 30 de la CADH el cual reza que ‘las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicados sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas’.

198

Cabe equiparar la noción de injerencia arbitraria o abusiva con la de violación, si bien las acepciones utilizadas por la normativa internacional generalmente entienden lo abusivo o lo arbitrario en el sentido de que la legislación nacional carezca de remedios legales para que los ciudadanos eviten una intromisión indebida en la esfera de su intimidad.³⁵ Así, la experiencia internacional se orienta por la necesidad de que el legislador acuerde el sustento legal a las injerencias estatales.³⁶

Por otra parte, este tipo de injerencia por su peculiar relación con el proceso penal debe estar provista de una protección más exigente debido a que puede conducir a la autoincriminación del investigado sin que él mismo lo sepa, particularmente si se trata de una interceptación telefónica. Tal consideración hace exigentes, al menos, las siguientes previsiones:

1. La autorización de injerencias estatales en el secreto de las telecomunicaciones requiere indicios reales que determinen la existencia de un hecho punible.
2. Los hechos punibles cuya persecución debe motivar una escucha telefónica deben determinarse conforme a su naturaleza, esto es, casos de extrema gravedad.

³⁵ La interpretación proviene de la jurisprudencia europea. *Chapell C. vs Gran Bretaña*. TEDH 30/3/89, en donde igualmente se plantea el problema de la proporcionalidad.

³⁶ Véase Woischnik, Jan. *Juez de Instrucción y Derechos Humanos en Argentina*. Ad-hoc. Buenos Aires. 2001, p. 219.

3. Debe adecuarse un procedimiento regulado para las intervenciones.
4. La medida debe estar sometida a limitación temporal.
5. Las autoridades deben documentar todo el material de intervención a efectos de permitir el contradictorio y permitir a la defensa una revisión de todas las grabaciones.
6. Debe estar regulada normativamente la destrucción de las cintas cuando el inculcado ha sido absuelto.
7. Los datos obtenidos en una grabación están sujetos a una estricta vinculación con el fin de esa medida.
8. El conocimiento indirecto de una medida de intervención permite su control por parte del afectado en sede de amparo o tutela cuando hayan sido violados sus derechos fundamentales.

199

La doctrina ha profundizado al máximo sobre los supuestos anteriormente elaborados, a lo cual se añade una exégesis constitucional sobre las restricciones legítimas al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que parten igualmente de su núcleo esencial. Se admite así que el secreto a la comunicación puede limitarse en casos en que la *necesidad* aparezca como directriz de la investigación penal de que se trate. Por lo tanto, debe tratarse de un recurso extremo sin el cual no podrían obtenerse datos útiles para la investigación, lo cual se deduce de la concurrencia de elementos fácticos suficientes y contrastados capaces de configurar un hecho delictivo. Por otra parte, juega inevitablemente el examen de proporcionalidad que en este caso se determina entre el valor constitucional de la intimidad de la palabra hablada y los resultados que se pueden esperar de la interceptación, una vez se haya realizado un examen categórico de la gravedad del delito investigado y el material de evidencia que pesa contra la persona a quien se le interceptará el teléfono.³⁷

³⁷ Véase a este respecto. Bacigalupo, Enrique. *La regulación de medios técnicos para la interceptación de comunicaciones privadas*, en *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Marcial Pons, Madrid. 2002. Igualmente Gómez-Colomer, Juan Luis. *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas en España*. Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penal. Ed. Grijley. 2000. P. 72-104.

Las otras medidas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, esto es, la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, las infiltraciones en organizaciones criminales, las actuaciones de agentes encubiertos, la búsqueda selectiva en bases de datos, los exámenes de ADN, definitivamente requieren autorización previa, pues si se entiende bien la naturaleza de todas ellas apunta al ‘aseguramiento’ probatorio y no se encuentran dentro de los límites trazados por la Constitución para permitirle una actividad propia y sin autorización judicial a la Fiscalía, razón por la cual aquí las dejamos de lado, entendiendo que sobre ellas se manifestará inevitablemente la Corte Constitucional.

FUNCIONES DE AUTORIZACIÓN PARA PROCEDER A UNA INJERENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE LA INVESTIGACIÓN PENAL

Actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización

El numeral 3 del artículo 250 de la Constitución Nacional establece claramente que el aseguramiento del material probatorio por intermedio de la cadena de custodia es una función de la Fiscalía General de la Nación. En desarrollo de esta tarea puede encontrarse con la exigencia de afectar derechos fundamentales, de tal manera que lo que ha definido la Constitución es una serie de requisitos para proceder a la práctica de las llamadas pruebas preconstituidas, esto es, aquellas diligencias probatorias que deben practicarse para obtener evidencia física y que por lo general corresponden a un examen científico que involucra al sospechoso o imputado.

La estructura dispuesta por el Código se basa en una regla general contenida en el artículo 246, según la cual cualquier tipo de medida distinta de las contempladas para proceder por iniciativa propia del fiscal, y que afecte un derecho o una garantía fundamental debe ser autorizada por el Juez de control de garantías a petición del fiscal correspondiente. Por lo tanto, el primer problema para el fiscal es concretar si con la actuación pretendida estará en juego un derecho fundamental del indagado o imputado que requiera autorización judicial previa para proceder. Por otra parte, el Código se refiere

expresamente a las medidas de inspección corporal, registro personal y obtención de muestras que involucren al imputado.

El punto fundamental para determinar la autorización por cuenta del juez de garantías en estas medidas es sin duda la fundamentación constitucional que exigiría las ya aludidas formulaciones de necesidad, adecuación y proporcionalidad.³⁸ No obstante, podemos hacer algunas anotaciones sobre las medidas especiales que trae la legislación así:

INTERVENCIÓN CORPORAL. Se trata de una medida de coacción física sobre el cuerpo humano del investigado que pone en juego los derechos fundamentales de la libertad y la intimidad. Aquí el principio de adecuación exige, como ya lo hemos visto para la mayoría de casos de afectación de derechos fundamentales, una base de indicios o sospechas sólidas que permitan inferir con razonabilidad que el cuerpo del investigado tiene elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación.

En materia de *legalidad*, a diferencia de otras legislaciones, la nuestra no deja dudas, esto es, siempre deben ser autorizadas por el juez de garantías. No obstante, en gracia de discusión puede surgir el tema de la inmediatez de las medidas para que estas se practiquen por cuenta de la Fiscalía en casos en los que la solicitud al juez de garantías significaría la pérdida de un levantamiento probatorio indispensable para demostrar la autoría o participación de un delito. Creemos que las exigencias constitucionales y legales implicarían que pueden existir eventos que ubicados en el contexto de la flagrancia en el sentido entendido por el artículo 32 de la Constitución determinarían la conducción ante el juez de garantías de forma inmediata y con motivos fundados únicamente para que se autorice la práctica del examen, es decir, la situación de flagrancia que debe ser analizada por el juez de garantías determinaría la aplicación de la medida inminente y por lo tanto la autorización.

Otra variable que deberá tener en cuenta el juez de garantías en materia de Intervenciones corporales es el que se conoce en la doctrina como *ade-*

³⁸ El estudio más completo en castellano sobre este tema es de Etxberria Guridi, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y su valoración como prueba en el proceso penal*. Trivium, Bogotá. 2003.

cuación o idoneidad cualitativa y cuantitativa. La primera se refiere a un examen en el que las medidas se dispongan con propiedad para alcanzar un fin exitoso y concreto, por ejemplo, una toma de rayos X es apta para ubicar un proyectil, sin necesidad de llegar a una extracción quirúrgica. La adecuación cuantitativa se refiere a un criterio de utilidad significativa que juega más en el ámbito de la proporcionalidad, esto es, prohibición de exceso. La guía frente a este argumento se refiere igualmente a que los motivos que fundamentan la intervención juegan un papel demasiado importante. Así por ejemplo, resulta cuantitativamente inadecuado someter a intervención corporal a todos los varones que han participado en una fiesta masiva a efecto de indagar el autor de un acceso carnal violento. En otras palabras: la motivación aquí se asume igualmente como necesaria 'individualización'.³⁹

202

En el campo de la **necesidad**, francamente hay que sujetarse a las situaciones concretas, pues como lo dice la doctrina autorizada, pueden existir dos medidas idóneas para el mismo fin, pero en situaciones especiales el destinatario de la medida hace que lo que es teóricamente más grave no lo sea tanto en la realidad. Así, por ejemplo, si se tienen a disposición medios probatorios suficientes, como testimonios reiterados sobre la paternidad de un sujeto confirmada además por relaciones y vínculos entre el supuesto padre y el hijo, no se autorizaría la práctica obligatoria de análisis sanguíneos. A este respecto también se afirma por la doctrina que entre todas las injerencias posibles se debe preferir la menos gravosa.

Para efectos de **proporcionalidad** en el caso de las intervenciones corporales se debe disponer que el grado de afectación no llegue a la afectación de la dignidad humana, pues esta es imponderable. Pero además, lo que se exige aquí es un examen que permita hacer la ponderación entre el interés legítimamente perseguido por la administración de justicia y el valor sacrificado al investigado. Para hacer dicho examen la doctrina autorizada contempla que las intervenciones corporales son constitucionalmente admisibles cuando se disponen frente a tres variables, esto es, la gravedad del delito, el grado de imputación alcanzado hasta antes de solicitarse la medida y la probabilidad de éxito. En materia de gravedad del delito reiteremos que nuestra legislación no

³⁹ Para todos los efectos de proporcionalidad véase González-Cuellar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Ed. Colex. Madrid. P. 309-310.

hace una diferenciación entre delitos graves y menos graves, pero el monto de la pena y el bien jurídico en juego son suficientes para suplir esa deficiencia. Sobre el grado de imputación alcanzado la proporcionalidad determina que los motivos que fundamentan la intervención son lo suficiente y razonablemente sólidos que la intervención completaría los supuestos legales de autoría de la conducta investigada, por esa razón no pueden resultar admisibles las medidas de coerción que se dispongan de forma exploratoria, como en el ejemplo definido *supra*; y por último la probabilidad de éxito de la injerencia se refiere al hecho de que tal intervención en los derechos fundamentales trasciende el ámbito personal en la necesidad de aclaración de un delito que es capaz de realizar el valor constitucional de administrar justicia.

Adicionalmente en el ámbito de la práctica del examen deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos: reserva médica o de personal vinculado a las ciencias de la salud, consentimiento del destinatario, compatibilidad en su ejecución con la dignidad humana. Los motivos que generan la injerencia deben ser muy bien expuestos entendiéndose que el médico debe saber las razones para la práctica del examen, de tal manera que el informe clínico defina su concepto profesional sobre lo solicitado y las contingencias del resultado, ya que este puede tener incidencia en la discusión futura sobre la prueba en la vista oral.

203

REGISTROS PERSONALES. Su definición está contenida en el artículo 248 del CPP, pero la opción del Código plantea igualmente problemas que ya han sido analizados por la dogmática procesal, entre los cuales se cuentan: el significado de lo ‘personal’, las diferencias entre el registro y la intervención y el no menos complejo problema de las medidas de prevención que no tienen efecto en una investigación penal concreta.

Lo ‘personal’ como parte del desarrollo de los derechos fundamentales involucra la intimidad y la privacidad de las cosas que la persona lleva consigo y por supuesto las del propio cuerpo humano. Así, el primer problema planteado al proceso penal es el hecho de que los documentos, la indumentaria de la persona, y lo que porta (bolígrafos, efectos personales, tatuajes, carteras, billeteras, etc.), hacen parte de ese núcleo de la intimidad que puede ser afectado por un registro personal en los casos en que así lo admita la Constitución.

En segundo lugar, un problema complejo que se ha presentado a algunos ordenamientos es el relativo a las diferencias del registro con la inspección y la intervención corporal, pues normalmente el registro corporal se define como la búsqueda de objetos ocultos que se encuentran en o bajo la indumentaria del afectado, o sobre la superficie corporal y en los orificios corporales naturales (boca, cavidades nasales, orejas, ano, vagina) que pueden ser examinadas sin la ayuda de medios especiales.⁴⁰

204

Nuestro ordenamiento parece resolver el problema al plantear una diferencia básica entre inspección (artículo 247 CPP) y registro (248 CPP), cuando para la inspección se hace referencia al ‘cuerpo’, mientras que para el caso del registro se circunscribe el problema a la búsqueda de elementos que están en ‘posesión’, es decir, que la persona lleva consigo. No obstante, se tendría que aclarar que la inspección corporal debe entenderse como un examen visual del cuerpo de la persona total o parcialmente desnuda, cuya finalidad se cifra en analizar un estado anatómico particular. Así, corresponden a esta categoría las inspecciones con carácter forense que se hagan para la determinación de características especiales de la persona investigada y que generalmente apuntan a su identificación, como por ejemplo, la solicitud para que se despoje de sus vestiduras a efecto de identificar una escoriación, lunares, tatuajes, manchas hepáticas, cicatrices, examen oral sin instrumentos, etc.). Si la revisión exige una intervención que implique la utilización de un medio que afecte la integridad física de la persona y por la misma razón requiera el ejercicio de un profesional de la medicina estaremos en presencia de una ‘intervención corporal’. A esta última categoría pertenecen los exámenes que indaguen en las cavidades corporales o en el interior del cuerpo, la obtención de fluidos corporales y muestras de tejidos anatómicos, impresiones dentales, etc.

En cuanto al último punto, esto es, el sujeto autorizado para la práctica de la medida y la diferencia entre fines preventivo-policiales e instructivo-penales, es necesario anotar que el artículo 248 CPP hace distinciones entre las actuaciones preventivas de la fuerza pública que para nada requieren la autorización del juez de garantías, tampoco se hace extensiva la autorización a los casos de captura en flagrancia que normalmente se acompañan de un registro, por razones obvias, mientras que para el caso de investigaciones

⁴⁰ Este es el caso del § 102 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana.

penales en curso la necesidad de un registro efectivamente se requiere para afectar el derecho fundamental. Lo anterior no quiere decir que la actividad del registro no esté sujeta a control jurisdiccional. Por el contrario, parte del examen sobre la legalidad de la captura posterior incluirá inevitablemente el relativo a la consecución de elementos físicos que acompañan la detención, lo cual no dejará de plantear problemas en el ámbito de la exclusión de prueba. Así, por ejemplo, si en la obtención de estupefacientes que un expendedor vende al menudeo, se le causaron lesiones personales al capturado con motivo del registro por parte de la policía, el juez de control de garantías debe analizar si el comportamiento policial afectó indebidamente los derechos constitucionales y definir lo pertinente en lo relacionado con la legalidad de la aprehensión.

PROBLEMAS ADICIONALES EN ESTAS MEDIDAS: EL CONSENTIMIENTO Y LA COACCIÓN PARA SU REALIZACIÓN.

Seguramente los jueces de garantías se enfrentarán con un doble problema que ha sido álgidamente discutido en las legislaciones foráneas, sin que hasta el momento se avizoren soluciones satisfactorias, esto es, el consentimiento del imputado para atender las medidas que implican una injerencia física en sus derechos fundamentales y la ejecución coactiva de la medida. En nuestro concepto el problema se plantea dentro del ámbito de extensión de los derechos fundamentales en juego y las necesidades concretas de la persecución penal.

Las soluciones del derecho comparado divergen enormemente. Así, por ejemplo, el § 81ª de la Ordenanza Procesal Penal permite tal intromisión de manera coactiva, e incluso utiliza la misma expresión que está contenida en el artículo 249 CPP, esto es, ‘de no existir consentimiento del afectado’ (‘sin consentimiento del inculcado’ en la legislación germana). Eso no quiere decir que el debate constitucional sea pacífico. Por el contrario, la decisión tomada en 1963 por el Tribunal Constitucional Federal, según la cual ‘las más elementales exigencias del derecho penal reclaman que la situación especial del inculcado permita, a su vez, especiales injerencias’, es decir, la especial coerción de la investigación penal es suficiente para determinar una limitación igualmente exigente de los derechos del inculcado. Pero esta postura ya no se sostiene frente a temas constitucionales tan fuertes como el que predica que el inculcado no es ‘objeto sino sujeto del procedimiento’ o la extensión del derecho a no declarar contra sí mismo que involucra igualmente el cuerpo del inculcado como objeto de prueba, para no hablar del decaimiento de la teoría

de la 'tolerancia pasiva al procedimiento' que ha pasado a convertirse realmente en su contrario, esto es, en derechos de defensa como actitud pasiva del inculcado ante el procedimiento.

A pesar de la debilidad de los argumentos para mantener la vía de la ejecución coactiva, las decisiones de constitucionalidad invocan el argumento relacionado con el hecho de que la ley prevé, de acuerdo con el desarrollo constitucional, que 'la libertad de la persona podrá ser limitada únicamente en virtud de una ley formal y respetando las formas prescritas en la misma' que sirve de base para la injerencia coactiva autorizada por el juez. Este fue justamente el argumento que no encontró la Corte Constitucional italiana en una decisión de 1996, al afirmar que no existía habilitación legal suficiente para la práctica de extracciones hemáticas coactivas, lo que ha generado toda suerte de conjeturas que incluso remiten a las consecuencias civiles que genera el rechazo de las pruebas de paternidad.

En otros ordenamientos, el consentimiento del imputado resulta de primer orden, como en el caso británico que divide las exigencias de la coacción física, según se trate de muestras íntimas o no íntimas. Para las primeras siempre se hace exigible la aquiescencia del destinatario de la medida sin excepción. Para las segundas se puede disponer la ejecución forzada.

Los argumentos son suficientes para determinar el caso nuestro. Desde nuestro punto de vista la ejecución forzada está prevista en el artículo 249 del CPP pero justamente la tarea del juez de garantías en el examen de autorización debe prever que este es un último recurso necesario e imprescindible para configurar la hipótesis delictiva de la Fiscalía. Por otra parte, atentaría contra los valores superiores de la Constitución la ejecución coactiva para la obtención de una prueba de líquido seminal o un frotis vaginal. Por esa razón, la diferenciación entre muestras íntimas y no íntimas no es irrazonable en nuestro medio y por otra parte, también nos atrevemos a decir que es un grave déficit de nuestro procedimiento penal que las injerencias en derechos fundamentales que inciden el proceso penal hayan tenido un tratamiento tan lamentable en la Corte Constitucional que justamente ha debido prever que en estos eventos la propia Constitución establece en su artículo 152 ordinal a) que debe existir una ley estatutaria que regula 'los derechos y deberes fundamentales de las personas, los procedimientos y recursos para su protección'.

MEDIDAS RELACIONADAS CON LA LIBERTAD

CONTROL SOBRE LA CAPTURA. El Código de Procedimiento Penal, siguiendo los dictados constitucionales, contempla dos formas de intervención, esto es, con autorización previa (artículo 297) y sin autorización cuando la Fiscalía disponga y defina que el riesgo de demora no permite acudir al juez de garantías para obtener la autorización.

En el primer caso la actuación del juez de control de garantías es doble, esto es, autoriza la captura con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, es decir, se sujeta a las exigencias constitucionales que debe fundamentar la Fiscalía para hacer la solicitud de afectación del derecho fundamental de la libertad. Para concretar la situación el inciso segundo de la disposición contempla una audiencia en la que se dispone que se escuche al fiscal, testigos, peritos, policía judicial para decidir de plano.

La decisión que debe adoptar el juez de garantías para proferir una orden de captura es esencialmente constitucional, ya que el Código ha afirmado que la restricción de la libertad es legítima en tanto sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado, la protección de la comunidad y las víctimas. En otras palabras: el juez actúa como si estuviese estudiando una solicitud de detención preventiva.

El control una vez capturada la persona es, como lo dispone el artículo 297 CP, un control de legalidad que no se agota con el simple cumplimiento de la orden por cuenta de la Fiscalía, sino que incluye el respeto de los derechos del capturado contenidos en el artículo 303. No sobra anotar para efectos de control que la doctrina trata este aspecto como una extensión máxima de la garantía en los siguientes contenidos:⁴¹

⁴¹ Tomamos el texto de González Ayala María Dolores. *Las garantías constitucionales de la detención*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. Para los casos de detención policial con fines de identificación véase Casal Hernández, Jesús M. *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Los puntos de vista constitucionales en De Hoyos, Sancho, Monserrat. *La detención por delito*. Aranzadi. Pamplona. 1998.

Garantías anteriores a la detención. Se refiere a la razonabilidad de la misma que se concreta en las exigencias constitucionales y legales para captura.

Garantías iniciales de la detención. En ellas cuentan, el derecho a ser informado de los motivos de la detención y de los derechos que le asisten al detenido, tales como el derecho a la asistencia de intérprete, la información sobre las causas de la detención y los derechos del detenido.

Garantías en desarrollo de la detención. Se concretan en el derecho a no declarar, a la asistencia de abogado, a la comunicación, al reconocimiento médico, a la información sobre los recursos contra la actuación y a no exceder el plazo de conducción ante el juez.

208

En los casos en los que la Fiscalía captura por cuenta propia el examen del juez de garantías se debe extender en la actuación *ex post* a las siguientes variables:

Debe procederse por un delito que admita la detención preventiva. Aquí, igualmente se aplican las condiciones del artículo 313 del CPP, pero en el examen de conjunto el juez tendrá que observar si la necesidad aconseja la detención del capturado.

Control sobre la expedición de la orden. Lo cual incluye los motivos fundados de la Fiscalía para proceder y la imposibilidad demostrada de que no se podía recurrir al juez para la expedición de la orden. Las causales de riesgo de evasión, peligro de obstrucción, peligro para la comunidad hacen parte de este examen.

Control sobre el tiempo máximo de la aprehensión y por supuesto de las condiciones de ejecución de la medida tal y como se ha anotado para el caso anterior.

MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

El artículo 306 del Nuevo Código de Procedimiento Penal determina al respecto que 'el fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer la

medida de aseguramiento, indicando la persona o el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.’

La primera exigencia a controlar en este caso es la extensión de la presunción de inocencia y por lo tanto nuestra interpretación se orienta en el sentido de permitir al defensor solicitar pruebas para que se demuestre ante el juez de garantías la necesidad de la medida de aseguramiento. De acuerdo con la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta violatorio del principio de igualdad de armas la imposibilidad para la defensa de acceder a los medios de prueba con que cuenta la Fiscalía a efecto de plantear sus estrategias para hacer valer la presunción de inocencia.

Por lo demás, el artículo 308 del CPP le exige al juez de control de garantías que decrete la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Es decir se le exige al juez de garantías el mismo criterio que se le exige a la Fiscalía para proceder a la imputación al tenor de lo dispuesto en el artículo 287.⁴²

209

CONTROL DE LEGALIDAD SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Básicamente se debe decir lo siguiente: El artículo 327 del C.P.P. establece con claridad que la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay *un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*. Las expresiones en cursiva determinan que dadas las exigencias la aplicación del principio de oportunidad se requiere más que para un acto de imputación, o mejor dicho, se trata de las mismas más la tipicidad de la conducta lo que

⁴² Para todos los pormenores del control remito en este caso al ensayo de Aponte, Alejandro en este mismo volumen y a mi libro *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Ed. G. Ibáñez. Nueva Jurídica. 2004. p. 323-346.

equivale a que el Fiscal tenga agotada una investigación. Si no, obsérvese lo que establece el artículo 287 del C.P.P. para la imputación fáctica, esto es, cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física o de la información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

Determinados los presupuestos legales que dan aplicación al principio de oportunidad el Fiscal deberá hacer una valoración de las causales en las que efectivamente puede caber tal aplicación. Desde un punto de vista meramente clasificatorio el principio de oportunidad presenta el siguiente cuadro que atiende lo que debe constituir el examen del Fiscal y del juez de garantías:

210 *Causales relacionadas con aplicación de normas procesales en el marco del derecho internacional o factores de política internacional*

La exigencia para el Fiscal básicamente se refiere a la existencia en otros países o instituciones sobre el curso de otro proceso y la necesidad de incoar acción pública en Colombia. Para tales efectos se deberá realizar un examen que consulte el estado del proceso en el exterior, la conducta, el agotamiento de requisitos exigidos en la legislación interna y los problemas relacionados con la territorialidad del delito. En cualquier caso el alto componente político de estas causales hace que el Fiscal deba tomar sus determinaciones sujeto estrictamente a las definiciones de política criminal y en este caso las que correspondan tanto al ejecutivo como a la Fiscalía.

1. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
2. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le

hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.

4. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

Causales relativas a la colaboración con la administración de justicia

En este grupo de motivos para fundamentar el principio de oportunidad la exigencia básica es de ponderación, entre la impunidad acordada al imputado y los beneficios que puede obtener la administración de justicia. Para estos casos el examen del Fiscal y consecuentemente del juez de garantías debe observar al máximo los condicionantes de política criminal, por ejemplo las directrices del Fiscal General en lo que corresponda a delitos de criminalidad organizada, etc.

211

1. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. No aplica para jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.
2. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.
3. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.
4. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas, con la misma restricción anotada para el primero de los casos.

Causales que exigen un examen en el marco de la culpabilidad o la antijuridicidad de la conducta que se ha investigado

En este caso prácticamente el Fiscal debe hacer la tarea del juez del conocimiento, es decir, debe valorar la conducta desde las exigencias impuestas por el Código Penal, pero esencialmente las que provienen de la dogmática de la parte general que se relacionan casi siempre con la necesidad de pena, la mínima culpabilidad o innecesaria intervención del derecho penal. El juez de garantías hace el mismo examen pero particularmente en este caso debe atender a las variables de sanción disciplinaria efectiva, estado del bien jurídico en el momento de la comisión y mínima culpabilidad del autor.

212

1. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.
2. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.
3. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
4. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
5. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.
6. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

Causales relacionadas con los efectos de reparación penal

Las cuales no requieren mayor explicación, pues el examen del Fiscal se circunscribe al monto de pena del delito, la conducta reparadora del autor y las condiciones especificadas en la política criminal relacionadas con la carencia de interés estatal en la persecución penal.

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
2. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.
3. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

213

El principio de oportunidad no se puede aplicar por expresa prohibición legal en aquellos hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo. Además cuando el principio de oportunidad se aplique a delitos cuya pena sea mayor a seis años la responsabilidad recae en el Fiscal General de la Nación o en quien este delegue.

El ritual para el control del principio de oportunidad implica que el juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio cuando con esta se extinga la acción penal.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el ministerio público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión.

En una exégesis simple de la norma se debe entender entonces que se trata de un debate sobre el fundamento probatorio que trae la Fiscalía para la aplicación del principio, de tal manera que el examen del juez es de suficiencia en aquello que se relaciona con la tipicidad, autoría y participación de la conducta investigada. Y por otra parte, el examen exigiría las formulaciones de orden constitucional lo que incluye que no se haya desconocido la presunción de inocencia.

LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL POR CONSENSO Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Darío Bazzani Montoya¹

CAPÍTULO I. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

1. PREMISA

Cualquier intento de abordar el tema de la terminación anticipada del proceso penal por consenso desemboca en un cuestionamiento acerca de la naturaleza misma del proceso.

215

Esta afirmación que a priori, parecería exagerada, es fruto del simple y llano examen doctrinario que cualquier interesado lector realice en torno al tema en cuestión. En efecto, en la mayoría de los casos la discusión sobre las formas de terminación del proceso, al adjetivarse con los conceptos anticipada y consensual, produce conflictos entre las máximas rectoras del proceso, v. gr. legalidad vs. economía procesal, oportunidad vs. obligatoriedad, aún no superados y que llegan al punto de caracterizar diversos sistemas jurídicos que ya desde las aulas de derecho se nos hacen percibir como incompatibles por chocar modelos culturales irreconciliables. Desde luego, ello no nos impide y por el contrario nos obliga, a iniciar su estudio no en los terrenos del simple ordenamiento positivo, sino que produce un reenvío a la teoría general del derecho procesal.

Siendo lugar común en este sondeo el apoyo conceptual no solo en los principios sino también en las finalidades del proceso y aun en la naturaleza que se concede al mismo, se encuentran preguntas como si ha sufrido o no

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Derecho Penal y Criminología en la misma Universidad y en Procedimiento Penal en la Università degli Studi Tor Vergata. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad Externado de Colombia y abogado litigante.

modificación la diferencia tradicional entre proceso y procedimiento, si ha cambiado o no la finalidad del proceso penal o cuál es la órbita de acción de los poderes públicos en su intervención penal.

Claro está, este capítulo no pretende la solución a cuestionamientos tan complejos como los evidenciados. Sin embargo, en el entendido de que abordar el problema es presupuesto necesario para la formulación de conclusiones respecto del tema, nos asiste el convencimiento de que la exposición de las diversas posiciones circunscritas como es obvio al tema de la terminación anticipada del proceso y la toma de partida, ayudará a informar un tema de innegable actualidad en la justicia penal de nuestro tiempo.

216 Como consideración adicional, sobra decir que los planteamientos que aquí se verán tienden a buscar la relación entre las formas de anticipar la decisión de la litis penal mediando el consenso y la estructura del proceso penal en sede de los esquemas del proceso, puesto que esa es la finalidad central del estudio.

2. PRINCIPIO DISPOSITIVO Y PROCESO PENAL

2.1. Marco conceptual

Principio Dispositivo y Proceso Penal son dos conceptos que a primera vista y de acuerdo con una visión tradicional, más o menos tolerada por la mayoría, aparecen como excluyentes². Sin embargo como se verá, no existe

2 En ese sentido Delitala, *Il Divieto della reformatio in prius nel Processo Penale*, 1927, 148; Sabatini, *Principi di Diritto Processuale Penale*, 1931, 62; Allorio, *L'ordinamento Giuridico nel Prisma dell'accertamento Giudiziale en L'ordinamento giuridico nel Prisma dell'ordinamento Giudiziale ed altri studi*, 1957, 117; Sansó, *La Correlazione fra Imputazione Contestata e Sentenza*, 1953, 60; Pisani, *Riflessioni sul Principio Dispositivo nel Processo Penale di Secondo Grado en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1959, 829; en citas de Massa Carlo, *Il Principio Dispositivo nel Processo Penale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961, 357. También sobre la colisión del Principio Dispositivo y el proceso penal en Maier Julio, *Mecanismos de Simplificación del Procedimiento Penal en Un Codice di Procedura Penale Tipo Per L'America Latina*, Cedam, 1994, 251-253; Paolozzi Giovanni, *Maggiore Semplificazione dello Svolgimento Processuale nel Codice Tipo di Procedura Penale per l'America Latina*, Cedam, 1990, 229.

una tal incompatibilidad, al menos en términos absolutos, pues se trata de una máxima a la que el proceso penal día a día, por diferentes razones vinculadas a la política criminal, v. gr. protección de la víctima, o de aplicación de otros principios v. gr. economía procesal, ha venido cediendo un espacio cada vez mayor. Es más, aun desde sus inicios se puede sostener que existió una gran influencia del principio dispositivo en las diferentes manifestaciones del proceso penal, cuando ni siquiera tal construcción existía, siendo frecuente encontrar en la caracterización del esquema acusatorio este principio como elemento del mismo. Tampoco sucesivamente con el posterior desarrollo de los sistemas procesales, ni aun en las más sanguinarias épocas de aplicación del modelo inquisitivo, la oficiosidad desplazó por completo el principio dispositivo en el proceso penal, pues coexistían fórmulas que permitían discriminar la persecución de los delincuentes según el mayor o menor interés de los detentadores del poder para manipular el proceso y poner este último al servicio del primero. Se asociaba entonces el principio dispositivo con la discrecionalidad, así la regla de actuación fuera la oficiosidad.

217

Hablar de principio dispositivo nos conduce a formularnos un cuestionamiento. Se trata de una construcción jurídica desprovista de significación en la semántica común o de una aplicación de lo que en la vida cotidiana conocemos como poder de disposición o manifestación de la voluntad. Hoy parece que la construcción del principio se ha realizado por reconocimiento de una realidad que encuentra, entre otras, aplicación en el marco del derecho y en lo que nos interesa, del proceso.

Muchas definiciones se han intentado del principio dispositivo³ y si bien difieren en sus alcances, encuentran comunes denominadores: De un lado, la intervención de las partes guía alguna manifestación del proceso y con res-

³ Así, entre otros, para Rocco el principio de disposición de las partes "es una consecuencia de la regla vigente en nuestro ordenamiento procesal civil consistente en que la actividad jurisdiccional del Estado para la realización de los intereses privados no se desarrolla, sino por la iniciativa del privado mismo". *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Studi di Diritto Commerciale de altri acriti giuridici*, vol. I, 1933, 128; para Carnelutti "disposición es un acto con el que el agente, según su interés, regula la composición y el desarrollo del proceso", *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Vol. II, 1938, 9; para Calamandrei "se entiende aquella directiva prevalente en el derecho civil, según la cual la iniciativa para la recolección del material cognoscitivo está reservada a las partes", *Instituzioni di Diritto Processuale civile*, Vol. V, 1943, 35; para Satta "es un reflejo de la autonomía del derecho que se hace valer en el mismo proceso (Civil)" *Diritto Processuale Civile*, 1957, 159. (Traducción informal del autor).

pecto a la misma hace ceder la iniciativa del órgano jurisdiccional, y de otra, el campo de acción se reconoce de ordinario en la órbita civil.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que esté proscrita toda forma de prevalencia de los intereses de las partes sobre las diversas manifestaciones del proceso penal, sino que habrá de analizarse cada una con el objeto de determinar en qué medida las mismas dejan intacta la finalidad del mismo y las garantías procesales, como límites de dicha intervención. Siendo la respuesta positiva, es decir de no afectación, no habrá razones de orden jurídico para desvirtuar una intervención del poder del principio en el marco del derecho procesal penal.

218

En ese orden de ideas se suelen distinguir diversas manifestaciones del proceso en donde debe analizarse la intervención del derecho dispositivo de las partes. Se trata del ejercicio de la acción penal, la continuación del proceso y la recolección del material probatorio⁴. En cuanto a la primera el problema será abordado en sede de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal que será estudiado adelante con mayor detenimiento, en donde basta adelantar que bien se entienda como principio autónomo en la administración de justicia penal o bien se tome como corolario indiscutible de la legalidad, la obligatoriedad no admite ningún margen de concesión allí donde el interés público domine sobre el privado, cuestiones que persigue tutelar dentro de sus múltiples finalidades el proceso penal. Ejemplo de lo anterior lo constituye la querella, pues la tutela del interés se deja a la evaluación de una parte, por preponderar sobre el interés punitivo, pero una vez manifestada la pretensión punitiva e iniciada la acción penal, solo queda al aparato penal la opción de perseguir salvo en las hipótesis de desistimiento, pues la parte que representa el interés público no puede obrar con discrecionalidad, precisamente por la camisa de fuerza que representa la obligatoriedad. Con respecto a la impulsión del proceso cabe advertir que ella se encuentra atada a la obligatoriedad en el marco de la tutela del interés público como ejercicio de la misma acción, cuestión que difiere de la duración del proceso, el cual a su vez se encuentra limitado por la estructura que se adopte. De esta manera resulta que el principio dispositivo tendrá cabida una vez ejercida la acción allí donde se respeten

4 Massa Carlo. *Il Principio Dispositivo nel Processo Penale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961, 357.

la finalidad del proceso, el esquema y las garantías procesales. La diferencia aquí está en que ejercida la acción penal, se abre paso a la aplicación del principio dispositivo, concediendo un margen a las partes para disponer del momento de su terminación, aun en las hipótesis de prevalencia del interés público tutelado. Ejemplo de ello es la terminación anticipada del proceso. En tercer lugar, se mencionó la recolección del material probatorio. Allí la respuesta está en el esquema adoptado en particular aun cuando el límite también lo constituye la obligatoriedad. Pues bien, si se trata de un esquema con tendencia acusatoria, la asunción de la prueba es función de las partes, siendo la labor del juez eminentemente supletiva y habrá de ejercerse solo cuando se evidencie una falta de correspondencia entre la verdad real y aquella que aparezca evidenciada en el proceso, pues, tratándose de proceso penal, el objeto no puede ser diverso de aquel de verificar objetivamente los hechos, al menos allí donde la cultura jurídica exige la legalidad en favor de la sociedad como postulado de la garantía de igualdad en la aplicación de la ley.

219

Lo anterior resulta válido siempre que se trate de primera instancia, pues una vez obtenida una decisión el principio dispositivo adquiere su mayor relieve empezando por reconocer a las partes la impulsión o no del respectivo recurso.

Ahora bien, la terminación anticipada del proceso por consenso puede afectar, según la regulación, todas o solo alguna de dichas órbitas, tema que se abordará adelante al relacionar la figura, como manifestación del principio dispositivo, con el debido proceso.

3. PRINCIPIO DISPOSITIVO. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

3.1. El denominado principio de oportunidad

La doctrina acerca de la terminación anticipada del proceso por consenso acostumbra apoyar sus fundamentos en el denominado principio de oportunidad. Como primera medida preguntémonos si existe un tal principio con autonomía propia o se trata, como creemos, de una simple denominación que encierra las hipótesis de aplicación del principio dispositivo en el marco penal.

La profesora Armenta Deu ilustra la manera como en el ámbito penal el principio de oportunidad es susceptible de los más amplios contenidos y alcances circunscribiendo su cobertura, desde el punto de vista de la autora, "únicamente a los sujetos públicos, que son en últimas aquellos vinculados por la sujeción al principio de legalidad"⁵, afirmación que compartimos, en el entendido de que la referencia a la legalidad viene entendida como su arista de protección al interés público, es decir, como obligatoriedad. Y es que, en efecto, tratándose de terminación abreviada del proceso por consenso, quien está sujeto al principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal es el órgano público encargado de dicha función, es decir, el fiscal. Cuando se habla por ejemplo, de la facultad que tiene el juez para rechazar un acuerdo que permite terminar anticipadamente el proceso porque se han violado las garantías del procesado, no se está dando aplicación a la legalidad-obligatoriedad de parte del sindicado, sino a la legalidad de parte del fiscal.

Partiendo de la legalidad pueden reconocerse tres diferentes concepciones de la oportunidad.

La primera, que la entiende como contraria al principio de legalidad. Obligando el principio *nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege*, el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio, es decir, que la oportunidad estaría proscrita. Lo anterior se predicaría del ordenamiento constitucional de los países donde no existe regulación expresa del principio de obligatoriedad ni autorización para el ejercicio de la oportunidad, porque rige la máxima de la legalidad –tal como ocurría en Colombia antes de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002–, así como de aquellos en los que la obligatoriedad encuentra sitio en la Constitución - como en el caso italiano. Aquí la

⁵ Sostiene: "El concepto de principio de oportunidad –para el que en la inmensa mayoría de los casos se parte, lisa y llanamente, de la definición a contrario sensu del principio de legalidad– es susceptible de un sentido amplio y otro más estricto. Al tenor del primero, se comprenden en él todos los instrumentos, tanto de índole penal como procesal penal, que suponen un tratamiento penal diferenciado del conflicto representado por el hecho delictivo. Con arreglo a la concepción más estricta, se aplica el principio de oportunidad cuando se concede al titular de la acción penal la facultad de decidir, cumplidos determinados requisitos, sobre el inicio del proceso penal o su archivo. Cabe incluso, dentro de este último concepto, una versión más restrictiva que personalmente defiendo en atención a la cual el principio de oportunidad comprende, desde la perspectiva subjetiva, únicamente a los sujetos públicos, que son en definitiva aquellos vinculados por la sujeción al principio de legalidad." Armenta Deu Teresa, *Mecanismos de Simplificación del Proceso Penal: El Principio de Oportunidad y los Procesos Monitorios en Un Codice tipo de Procedura Penale per l'America Latina*, Cedam, 1994, 273 y ss.

crítica se centra concretamente en que la práctica indica que de todos modos debe reconocerse que el sistema judicial no opera automáticamente en todos los casos que llegan a su conocimiento, es decir, existe una praxis informal de la oportunidad. Además, existen casos en los que la oportunidad no choca con la legalidad, porque si el soporte de dicho principio, en la arista que protege los intereses de la sociedad, radica en la prevalencia del interés general, de todas formas debe aceptarse que en un modelo de Estado social de derecho la concepción material de la justicia y la reparación como fines complementarios a la búsqueda de la verdad, implica que en algunos casos se puede ceder a tal prevalencia.

Una segunda visión de la oportunidad que la entiende como manifestación del principio de legalidad. Entiende esta posición —también conocida como oportunidad reglada—, que mientras el poder de discreción se encuentre expresamente delimitado en la ley, su utilización en el marco del proceso penal acataría la legalidad, puesto que dicha visión positivista concluiría que cada vez que se aplica el principio de oportunidad en un evento previsto por el legislador se estaría dando aplicación a la ley. Bajo esta perspectiva existen dos formas de entender la figura y solucionar el problema, pero en ambos casos desafortunadas. Si la discreción que se concede admite ir en contra de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, los casos en que se aplica la facultad reglada se convierten en negación de la misma legalidad. El fiscal puede entonces escoger, discrecionalmente, entre los casos que se acomodan a los supuestos legales, en cuáles la aplica y en cuáles no. La legalidad para violar la ley, o si el no ejercicio de la acción penal sujeto a las casos previstos por el legislador se entiende en el marco de la obligatoriedad de ejercicio de la acción penal. Allí el fiscal tiene que abstenerse de iniciar la acción penal en todos los casos que se acomodan a los supuestos de la causal legal, caso en el cual deja de ser entonces oportunidad, puesto que no existe ningún tipo de discrecionalidad.

En nuestro criterio, existe una forma de conciliar las dos posiciones, según la cual la oportunidad es subsidiaria de la legalidad. Según esta postura, la oportunidad puede ser ejercida por el órgano público siempre que no choque con la legalidad. Lo anterior ocurre en los supuestos donde existe una razón prevalente para premiar un interés público superior al protegido con el ejercicio de la acción o donde simplemente puede sacrificarse dicho interés para proteger el interés privado. Así, si se trata v. gr. del poder de archivar la

acusación por motivos políticos o por una valoración de conveniencia pública como en el caso norteamericano, sin distinción respecto de la gravedad del delito o los afectados con el mismo, entraría claramente en conflicto con la legalidad-obligatoriedad. Pero en cambio, si se trata de una abstención de acusar a un miembro de una organización criminal a cambio de que este suministre las pruebas que permiten procesar a los jefes de la misma o del no ejercicio de la acción en un delito menor a cambio de la reparación integral, la oportunidad se fundamentaría en los fines de justicia, en el primer caso, y reparación, en el segundo, de suerte que no existiría enfrentamiento con la legalidad, pues resulta válido, desde el punto de vista de los fines del proceso, el sacrificio del interés general inicialmente protegido con la persecución penal.

222

Ahora bien, fue el consenso quien nos llevó al terreno del principio dispositivo, pues su significado confluye en la manifestación de voluntades coincidentes. Sin embargo, hablar de consenso y abreviación del proceso plantea de inmediato un nuevo conflicto. La verdad histórica frente a la verdad consensual.

Sin lugar a dudas el proceso penal obliga a la parte pública y al juez a la búsqueda de la verdad histórica, pues solo por esta puede responder el sindicado. Siendo esta una arista del principio de legalidad, puesto que solo se responde por lo que se hace, quedan excluidas en nuestro sistema jurídico posibilidades de consensuar la prueba. Cuando se utiliza el término consensuar la prueba se quiere referir la posibilidad de construir una prueba diversa de aquella que resulta de la constatación de la verdad histórica. En otras palabras ni fiscal ni sindicado pueden prefabricar la verdad a evaluar por el juez, pues la verdad es solo una. Cosa diferente es hablar de consenso en el momento de producción de la decisión de renuncia al juicio o de aceptación de cargos en consonancia con lo probado. Aquí lo importante es respetar la función de juzgamiento. Es decir, el consenso sobre el estado del proceso puede permitir al fiscal y al sindicado acordar el atenerse al estado de la actuación, a la prueba recogida hasta el momento, a la responsabilidad que resulte o no demostrada en la valoración que en todo caso es competencia del juez. Encuentra el consenso entonces, además del límite de la verdad probada el de la libre facultad del juez de valorar y decidir. No podría por ejemplo solicitarse al juez pronunciar una decisión anticipada de responsabilidad por un delito de homicidio simple, cuando resulta la agravante de parentesco probada en el proceso, aun con la aquiescencia del fiscal, salvo que dicha decisión esté amparada en

el principio de oportunidad. Contrario sensu, nada impediría la condena anticipada, si resulta del consenso una correspondencia con la verdad histórica que el juez considera corresponde a lo probado, aun cuando no se haya agotado el tiempo legal previsto en el procedimiento ordinario, allí la decisión estaría amparada en la legalidad.

De otra parte, deben diferenciarse las hipótesis de aplicación del principio dispositivo en el proceso penal en los eventos expresamente regulados por el legislador, de aquellos en los que se lleva a la práctica su ejercicio en forma meramente funcional y sin autorización constitucional, cuestión que lejos de aliviar la solución, propone serias dudas sobre la operatividad real de la obligatoriedad. A tal fenómeno se suele denominar oportunidad informal y en últimas demuestra una crisis del principio de legalidad.

223

Resulta claro que para los efectos propuestos, es decir, ubicación de los procedimientos especiales o abreviados en la teoría general del proceso, una tal distinción no reporta mayores ventajas, pues en la mayoría de los casos la regulación de los mecanismos de terminación anticipada del proceso por consenso encuentran en la actualidad un asidero positivo, como es propio del respeto a las formas propias del proceso delimitadas por la legalidad.

Aun así, un vistazo histórico al tema, en la segunda mitad de este siglo, sugiere una vigencia anticipada de los mismos o si se quiere una praxis informal⁶. Ejemplo de lo anterior, es aquella práctica de los funcionarios de policía de tolerar la comisión de determinados delitos en zonas de alta criminalidad como el hurto o la venta de sustancias estupefacientes o al promover, en contra de las disposiciones legales, el desistimiento anticipado sobre la persecución de la infracción, como ocurre en la mayoría de delitos en que se ven involucrados infractores y víctimas de un mismo núcleo familiar. Siendo, en la práctica, el funcionario de policía quien las más de las veces recibe el primer contacto con la noticia del delito, es quien menos ataduras materiales tiene

⁶ Acerca de dicha práctica, Vasconcelos Carlos Eduardo, *Prassi Informali e Obbligatorietà dell'Azione Penale in Brasile, Un Codice Tipo di Procedura Penale per l'America Latina*, Cedam, 1994, 305 y ss; Pellegrini Grinover Ada, *Lineamenti Generali del Nuovo Processo Penale nell'America Latina: Argentina, Brasile e Codice Modello per l'America Latina, Un Codice di Procedura Penale per l'America Latina*. Incontro preparatorio, Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1990, 196 y ss.

con la obligatoriedad; se convierte en muchos casos en un conciliador o consejero, desnaturalizando lógicamente sus funciones naturales. Pero así como resulta obvio que dichas aplicaciones de la discrecionalidad son violatorias del principio de legalidad, también resulta innegable la general ocurrencia de dicha práctica que ya hace parte de la realidad del funcionamiento del aparato penal, a ojos cerrados del mismo sistema, cuestión que merece alguna respuesta, que no puede ser otra que la descriminalización en algunos eventos o admisión del principio dispositivo en otros, v. gr. exigencia de mayores condiciones de procedibilidad o regulación del principio de oportunidad.

224

Otro tanto ocurre con la posibilidad de archivo de la acusación o su no formulación. Pues bien, en el sistema de *common law* dicha práctica no resulta ajena a la cultura más o menos elástica de la legalidad, pues no existiendo consagración expresa de la obligatoriedad, la discrecionalidad acerca del ejercicio de la acción penal reposa en la valoración político-jurídica que se realiza en torno al eventual éxito de la acusación en juicio, la que, a su vez, resulta influenciada por la responsabilidad social del Ministerio Público, por demás acentuada en un sistema diseñado sobre la base de la participación democrática en la administración de justicia, aun en el nombramiento de los jueces. En el sistema romano germánico las cosas han evolucionado en forma diversa. La cláusula de obligatoriedad ha surgido ante el temor fundado en la manipulación política del aparato judicial a fin de asegurar el poder, mediante una discriminación en el ejercicio de la acción penal. Aun así, debe resaltarse una marcada tendencia en los últimos tiempos a aceptar el archivo como una posibilidad de ejercicio del principio dispositivo dentro del proceso penal, incluidos los eventos de prueba suficiente para acusar⁷.

⁷ Acerca de la necesidad de intentar una nueva lectura del principio de obligatoriedad en Italia y Alemania tendiente a lograr el equilibrio entre obligatoriedad y discrecionalidad que permita la "racionalización" de la praxis en materia de archivo, Marafioti Luca, *L'Archivazione: Tra Crisi del Dogma di Obbligatorietà dell'Azione ed Opportunità "Di Fatto"*. *Prospettive di Razionalizzazione della Prassi, Un Codice Tipo di Procedura Penale per l'America Latina*, Cedam, 1994, 121 y ss. De todas formas son frecuentes las críticas, entre otros, Ruiz Vadillo Enrique, para quien el archivo solo puede producirse ante la insuficiencia de prueba para acusar o prueba de no culpabilidad, siendo ambos eventos aplicación del principio de presunción de inocencia y no de oportunidad. *El Principio de Oportunidad Reglado, La Reforma del Proceso Penal*, "II Congreso de Derecho Procesal de Castilla-León", Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

3.2 Oportunidad y Terminación Anticipada del Proceso por Consenso

Ahora bien, en relación con los procedimientos que permiten la terminación anticipada del proceso parece acertado considerar que no es válida la posibilidad de consensuar el archivo de la imputación como manifestación del principio dispositivo, pues como se vio, tal principio encuentra como limitante la finalidad misma del proceso penal que rige la actuación de la parte pública y el juez: La obtención de la verdad. Ello significa que no existe posibilidad de desconocer la prueba ni en los eventos de consenso ni en los eventos de valoración unipersonal del Ministerio Público. Cosa diferente es que no agotándose el período máximo concedido a este último para formular la acusación se encuentre prueba de la inocencia del imputado y se produzca en consecuencia el archivo, pues en este caso simplemente se está reconociendo la validez de la prueba y la finalidad del proceso penal. La única forma de aceptar dicha posibilidad es al amparo de la oportunidad.

225

Resultando claro que en el proceso se imponen dos realidades, la primera que obliga al juez de juzgar conforme a la verdad probada o procesal y, la segunda que reconoce a las partes la finalidad de perseguir sus intereses, ampliándose el campo de acción de la segunda en cuanto no interese el de la primera, y la otra, que impone el respeto por el principio de obligatoriedad, es válido afirmar la compatibilidad del principio de legalidad con los procedimientos que no desconocen la realidad probatoria respecto de los hechos. Una de sus manifestaciones es precisamente la elaboración de procedimientos que permiten la terminación anticipada del proceso por consenso, la cual tiene validez en la medida que además de respetar los límites mencionados, garantice el efectivo ejercicio de la acción penal, toda vez que se den los presupuestos para su aplicación, la cual no exige un único procedimiento obligatorio, pues es la misma igualdad que tutela el principio de obligatoriedad, la que, en su sentido material, obliga el tratamiento de la diversidad como diversidad y la identidad como identidad. De allí que no sea posible generalizar, sino que es necesario estudiar en cada sistema procesal, las exigencias del mismo, las que serán determinadas en buena parte por el momento de actuación del principio acusatorio. En últimas, se trata de determinar si los procedimientos que desarrolle el legislador dirigidos a anticipar la decisión, son o no debido proceso. Muestra de lo anterior son los procedimientos de terminación anticipada que han regido en Colombia en consonancia con el principio de obligatoriedad.

Ahora bien, si el ordenamiento constitucional autoriza la aplicación del principio de oportunidad, podrá llegarse incluso a la abstención de ejercer la acción penal en relación con cargos probados a cambio de la renuncia a juicio respecto de otros cargos, lógicamente también probados. Aquí el fundamento para la oportunidad radica en los fines de reparación y justicia, puesto que el fundamento para el archivo respecto de cargos probados es la aceptación de los otros cargos y la renuncia a ser vencido en juicio respecto de los mismos, como sería propio de un proceso adversarial, lo que a su vez permite sostener que los procedimientos consensuados no responden a los elementos básicos del esquema acusatorio. Cosa diferente es que se les justifique por la necesidad de congestionar el sistema y así poder llevar a cabo juicios acusatorios en los casos no terminados mediante transacción.

4. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA

4.1. Límites Constitucionales en la Constitución de 1991

En la Carta de 1991 no existe disposición que autorice a la Fiscalía para abstenerse de iniciar la acción penal en los casos en que cuenta con prueba que le permite sustentar una acusación. Los únicos casos en los que puede existir un no ejercicio de la acción penal fundamentado en razones de tipo político son el indulto, tratándose de delitos políticos, y en la investigación de algunos altos funcionarios que cuentan con fuero constitucional de investigación en cabeza de la Cámara de Representantes. En los demás casos la acción penal se encuentra sometida al principio de obligatoriedad por virtud de la cláusula general de la legalidad.

4.2. Límites en el Acto Legislativo 03 de 2002

El Acto legislativo 03 de 2002 consagra como regla general el principio de obligatoriedad, al tiempo que autoriza, de manera excepcional, la aplicación del principio de oportunidad, de conformidad con las siguientes reglas:

- a. Puede aplicarlo la Fiscalía General de la Nación.
- b. Puede abstenerse de iniciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal.

c. Debe hacerlo con fundamento en razones de política criminal, las cuales deben estar previstas en la ley.

d. Está sujeto a control de legalidad por parte del juez de garantías.

También resulta conveniente recordar que la decisión de preclusión por falta de mérito para acusar le compete al juez de conocimiento. Lo anterior tiene sentido si se tiene en cuenta que la aplicación del principio de oportunidad es excepcional, de suerte que para evitar una utilización vedada del mismo y justificada en la no obtención de prueba suficiente para formular la acusación, en todo caso debe contarse con el aval del juez como garante de la legalidad.

4.3. Regulación de la oportunidad en el nuevo Código de Procedimiento Penal

227

a. Causales

El artículo 324 regula las causales en las cuales puede aplicarse el principio de oportunidad. De otra parte, el artículo 325 autoriza la suspensión del procedimiento a prueba, en los casos en que el imputado manifieste un plan de reparación efectiva o simbólica, en el marco de la justicia restaurativa.

En cuanto a las causales previstas en el código podemos agruparlas en seis grupos dependiendo de las razones de política criminal que las fundamentan:

- a. Ausencia de interés del Estado en la persecución del delito. Es el caso de los numerales 1, 2, 3 y 4.
- b. Razones de interés nacional. Se trata de los casos previstos en los numerales 2,3 y 9.
- c. Casos de colaboración con la justicia por parte del imputado. En estos eventos el legislador recoge la inmunidad transaccional, prevista en el derecho norteamericano. Al respecto debe advertirse que no está prevista la posibilidad de otorgar beneficios adicionales en la órbita disciplinaria, civil o administrativa (inmunidad extrapenal), puesto que el fiscal no tiene dicha atribución en la Constitución. También debe advertirse que la inmunidad de uso y uso derivativo, según las cuales lo que afirma el testigo no lo incrimina, en el primer caso, y tampoco lo que de allí se obtenga puede ser utilizado como prueba

en su contra, en el segundo, no son manifestación del principio de oportunidad, puesto que dichas inmunidades parten de la garantía o derecho a no autoincriminarse. Basta con que el testigo advierta su deseo de declarar sin desprenderse de la garantía para neutralizar la posibilidad de utilizar esa declaración y las pruebas obtenidas a partir de la misma, en su contra.

228

- d. Aplicación de los principios de no necesidad de pena y mínima culpabilidad. Estos casos se encuentran previstos en los numerales 7, 10, 11, 12, 13 y 17. Se trata de casos en los que de acuerdo con la ley sustancial habría responsabilidad penal y se dan los presupuestos para imponer una sanción, pues de lo contrario, lo procedente no es aplicar el principio de oportunidad sino solicitar al juez de conocimiento la preclusión o la absolución. Lo anterior significa que si el juez de garantías advierte que no existe responsabilidad v. gr. La conducta no es antijurídica materialmente, debe ejercer el control y el fiscal deberá dirigirse al juez de conocimiento a fin de obtener una preclusión. Recuérdese que ni la competencia ni los efectos son iguales en una decisión de preclusión por prueba de no responsabilidad que en una decisión fundada en la oportunidad.
- e. Casos en los que el presupuesto es la reparación de las víctimas. Es el presupuesto de las causales previstas en los numerales 1, 8, 14 y 15.
- f. Casos fundamentados en razones de interés público prevalente que permiten sacrificar el interés protegido por la acción penal, como en las causales previstas en los numerales 15 y 16.

No procede la aplicación del principio de oportunidad en los casos de violaciones graves al derecho internacional humanitario, en crímenes de lesa humanidad o genocidio, ni en delitos de narcotráfico ni terrorismo.

b. Oportunidad

El principio de oportunidad puede aplicarse en cualquier momento del proceso. Por esa razón el constituyente autorizó el no ejercicio de la acción penal, así como su interrupción o suspensión. Debe aclararse que si bien el inciso final del artículo 327 establece que se requiere un mínimo probatorio, ello no implica que tenga que estar probada necesariamente la autoría para

entrar a aplicar el principio de oportunidad. Recuérdese que la mayor utilidad la reportan precisamente los casos de insignificancia en los que no es necesario entrar a determinar el autor del delito. También en los casos en que el presupuesto es la reparación, podría perfectamente aplicarse el principio pues no puede exigirse que quien repare sea necesariamente quien previamente fue vinculado como autor. Esta exigencia prevista en la norma debe entenderse destinada a los eventos de acuerdos entre el fiscal y el procesado dirigidos a la obtención de una sentencia anticipada.

Ahora bien, en los casos en que existe imputado, existe un término para aplicar el principio de oportunidad porque en la estructura legal del código se optó por entender que al iniciar la etapa intermedia, esto es, la de vinculación, se ejerce la acción penal. Es decir, que a partir de la imputación los términos son perentorios y por esta razón se dispone que a partir de la imputación, la Fiscalía cuenta con treinta días para formular acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad.

229

Lo mismo ocurre en la etapa del juicio en donde es válida la aplicación del principio de oportunidad. Recuérdese que el constituyente autorizó al fiscal para abstenerse de ejercer la acción, suspenderla o interrumpirla.

c. Procedimiento

La aplicación del principio de oportunidad es una decisión discrecional del fiscal sujeta a control de legalidad por parte del juez de garantías. Es decir que el juez se limita a constatar que los casos elegidos por el fiscal reúnan los requisitos previstos por el legislador en las distintas causales legales. El juez no puede, en consecuencia, obligar al fiscal a aplicar el principio de oportunidad en los casos en que él considere que se reúnen los presupuestos legales. Lo único que puede hacer es objetar la aplicación del principio, caso en el cual el fiscal decide si continúa con la investigación, si acusa o solicita la preclusión por falta de mérito, dependiendo del resultado de la audiencia. Tampoco puede al juez aplicar la oportunidad pues dicha competencia radica en cabeza del fiscal conforme a la Carta Política.

Una vez se obtiene la decisión por parte del juez, si esta implica extinción de la acción penal, debe solicitar al juez de garantías convocar una audiencia con participación de la víctima y el Ministerio Público, en la que después de oír a los asistentes, el juez declara si hay lugar o no a aplicar el principio de oportunidad. Contra la decisión del juez no cabe recurso alguno.

d. Control del juez de garantías

El control de legalidad previsto por el constituyente tiende a desarrollar la tesis de la oportunidad reglada, según la cual la regla general sigue siendo el principio de obligatoriedad y solo en los casos expresamente consagrados por el legislador, puede el fiscal evaluar discrecionalmente el ejercicio de la acción penal.

Este control opera de manera obligatoria y automática, es decir, no depende del principio dispositivo. No se requiere petición alguna para promover el control por parte del juez de garantías sino que el fiscal, en todos los casos, requiere la decisión del juez, previa audiencia en la que pueden intervenir la víctima y el Ministerio Público.

230

Es importante tener en cuenta que los presupuestos dependen de lo establecido en cada causal y, lógicamente, la prueba sobre los mismos debe ser presentada por el fiscal en la audiencia para dar la oportunidad a los intervinientes de controvertirla antes del pronunciamiento del juez.

Otro aspecto importante es que el principio de oportunidad implica en principio y por definición, una excepción al principio de igualdad. El reconocimiento de discreción al fiscal implica que el juez no puede, salvo el evento contenido en el artículo 329, obligar al fiscal a aplicar el principio de oportunidad en otros casos en los que él considere que se dan los mismos presupuestos para declarar la extinción de la acción penal. No obstante conviene advertir que cuando el artículo 329 habla de que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, como una hipótesis en la cual la acción se extingue respecto de todos los autores o partícipes, está significando que en los demás casos puede aplicarse a alguno y a otros no, pero siempre y cuando exista una razón constitucionalmente válida para la discriminación. No puede tratarse del mero capricho del fiscal, puesto que los procesados respecto de los cuales se den los mismos supuestos de hecho que no permitan hacer diferenciación estarían amparados por la igualdad.

Ahora bien, cuando la prueba sea indicativa de no responsabilidad penal, el juez debe objetar la aplicación del principio de oportunidad, caso en el cual lo procedente será solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación.

CAPÍTULO II. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO POR CONSENSO

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. Marco Conceptual

La ausencia de claridad en torno a la naturaleza misma de la terminación anticipada del proceso por consenso y su ubicación en la teoría general del proceso aparece desde el momento en que se intenta una denominación.

Es común encontrar diferentes denominaciones según las distintas regulaciones que se han intentado al respecto. En Italia aparecen como procedimientos especiales al igual que en el Código Tipo para América Latina; en Estados Unidos de Norteamérica se conoce la figura como *plea bargaining* o alegaciones preacordadas de culpabilidad; en España como conformidad; en Portugal como suspensión provisional del proceso, y en Colombia como preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, entre otros.

231

Por principio, no es válido hablar de unidad en los diferentes procedimientos de abreviación, pues resulta lógica consecuencia de la diversidad de procedimientos ordinarios. Además, por superfluo que pueda parecer, cabe señalar que dentro de dichas denominaciones se suele abarcar diversidad de procedimientos en los que para nada influye el consenso de las partes. Aun más, existiendo consenso, se diversifica en razón a las etapas que se pretenden anticipar o evitar.

Así las cosas, utilizaremos el concepto de procedimientos de terminación anticipada del proceso por consenso simplemente con la intención de delimitar el campo de estudio. Quedan por tanto incluidas aquellas regulaciones que fundadas en el consenso entre imputado y titular de la acción penal tienen por finalidad anticipar la decisión respecto del agotamiento del procedimiento ordinario, previsto para la investigación y juzgamiento, en tanto impliquen una transacción entre el procesado y la Fiscalía. Se excluyen del estudio los procedimientos especiales previstos para el juzgamiento de deter-

minados hechos punibles para los que no sería posible aplicar el procedimiento ordinario, como en el caso de las legislaciones que distinguen diferentes procedimientos para el procesamiento por faltas o contravenciones, así como los procedimientos que, aun sin mediar consenso, facultan al titular de la acción para promover la anticipación del juzgamiento.

232

Igualmente utilizaremos el término procedimiento, trabajando sobre la base de la distinción, ya aceptada por la mayoría, según la cual solo existe proceso cuando en el conjunto de fases dirigidas a formar el acto (uno o varios procedimientos), de una parte, interviene no solo su productor sino aquellos destinatarios de sus efectos, y de otra, que dicha intervención se realiza en contradictorio, como única mecánica posible de solución del conflicto de intereses⁸. La razón de la distinción radica en la necesidad de elaborar el marco de acción de los mencionados procedimientos, los que en todo caso deberán asegurar el respeto por el debido proceso, con mayor énfasis, si se atribuye al sistema una tendencia acusatoria. Con todo, para otros⁹, la denominación de procedimientos responde al hecho de que algunos de estos procedimientos posibilitan la supresión del juicio, cuestión que rebatiremos adelante.

Una aclaración todavía es pertinente. Siendo el objeto del ensayo procurar el análisis de los procedimientos en el marco del principio de obligatoriedad-oportunidad, se verán exclusivamente aquellos aplicables a conductas propias de la naturaleza del interés afectado con la lesión penal, excluidas entonces las hipótesis de conclusión de la actividad estatal por concederse el beneficio de prevalencia del interés privado, tal como resultaría de otras hipótesis de intervención del principio dispositivo, no menos interesantes, como por ejemplo el desistimiento, la conciliación o la mediación, previstas en la legislación colombiana.

⁸ En el mismo sentido Fazzalari Elio, *Istituzioni di Diritto Processuale*, Cedam, 1986. 78 y ss. la virtud de la definición es concentrar y equilibrar los elementos incluidos en las elaboraciones de Carnelutti, Sistema..., cit. I, 44, —proceso como conflicto de intereses y sucesión de procedimientos—, y Benvenuti, Funzione Amministrativa, procedimento, processo, en *Rivista Trim. di Dir. Pubbl.*, 1952, 157 y ss., —proceso como resultado de la participación del autor y destinatarios del acto en su formación.

⁹ Chiliberti Alfonso, Roberti Franco, Tuccillo Gemma, *Manuale Pratico dei Procedimenti Speciali*, Milano, Giuffrè, 1994, 14 y ss.

1.2. Vista Político Criminal

Antes de cuestionar la conveniencia de la consagración de procedimientos de abreviación del proceso por consenso, conviene destacar, como una realidad inmodificable, su tendencia cada vez más creciente no sólo hacia su adopción —como resulta de los procesos de reforma legislativa cursados en la última década en Colombia—¹⁰ sino también hacia su mayor aplicación, allí donde su vigencia ya reporta resultados comparativos. Es así como en los Estados Unidos de Norteamérica el *plea bargaining* ha pasado de ser una práctica a espaldas de los tribunales y se ha convertido casi que en una etapa previa al proceso, en donde el proceso ordinario es, en la práctica, subsidiario del abreviado o, en otras palabras, se adelanta solo ante el fracaso de la iniciativa de consenso propuesta por el fiscal. Pues bien, se sostiene que un noventa por ciento o más de las condenas que profieren las cortes americanas se pronuncian sobre la base de la aceptación de responsabilidad por parte del imputado la que, en la mayoría de los casos es fruto de la aplicación del *plea bargaining*¹¹. En el caso italiano, la estadística oficial reporta un porcentaje con respecto al total de las condenas producidas en el año 1994 de un cuarenta y un por ciento de casos de aplicación de la pena a petición de las partes en los tribunales, y un cuarenta y tres por ciento ante las preturas, cifra bastante relevante, si se tiene en cuenta que este es tan solo uno de los múltiples "procedimientos especiales" que prevé la correspondiente legislación¹² y que

233

¹⁰ Desde 1991 se han introducido varias reformas a lo que hasta ese entonces conocíamos como procedimiento abreviado. En el decreto 2700 de 1991 se consagró la figura de la terminación anticipada del proceso. Posteriormente se dividió en sentencia anticipada y audiencia especial a través de la Ley 81 de 1993. Finalmente, en la Ley 600 de 2000, se suprimió de nuevo la audiencia especial. Durante el mismo período se ensayaron distintas reformas a través de decretos de conmoción interior, dirigidas a combatir la delincuencia organizada, que combinaban beneficios por colaboración con la justicia y abreviación del procedimiento.

¹¹ Gambini Rosanna, *Il "Plea Bargaining" tra Common Law e Civil Law*, Milano, Giuffrè, 1985, 2; Bassiouni, *Linee del processo penale negli U.S.A.*, en *Prospettive del Nuovo Processo Penale*, Milano Giuffrè, 1978, 52; Alschuler, *The Trial Judge's Role in Plea Bargaining*, en *Columbia L. Rev.* 76, 1976, 1059-1063, según cit. en Gambini; entre otros. También Barona Vilar Silvia, *La Conformidad en el Proceso Penal*, Tirant Monografías, Valencia 1994.

¹² En efecto: de 188.623 condenas proferidas en las preturas, 80.795 correspondieron a aplicación de la pena por petición de las partes, y de 37.031 condenas proferidas por los tribunales, 14.848 correspondieron a la aplicación del mismo procedimiento. El mayor índice lo reportan los delitos contra el patrimonio económico y los delitos contra la economía y la fe pública, con 19.984 y 20.440 condenas fruto de este procedimiento, respectivamente. Fuente. *Annuario Statistiche Giudiziarie Penali Anno di 1994*, ISTAT, Edizione 1995, 43, 217.

seguramente ha crecido desde la creación de la figura del *patteggiamento allargato* previsto en la Ley 134 de 2003.

Tales mecanismos, abordando el tema no solo desde el ángulo estrictamente jurídico-procesal, sino con una visión de política criminal, también han recibido sustento al lado de las razones que se suelen argumentar en favor del denominado principio de oportunidad. Así pueden condensarse, al menos parcialmente, las siguientes:

a. Son un mecanismo indispensable para garantizar la efectividad de la administración de justicia. El argumento radica en que, teniendo en cuenta el gran número de procesos penales que cursan en los despachos judiciales, sería imposible llevar a feliz término todas las investigaciones en materia criminal con la mera participación y recursos del Estado. De esta forma, se concentra la actividad investigativa ordinaria en los procesos que ofrecen dificultad probatoria por su complejidad. Se condiciona el éxito en su aplicación al cumplimiento de dos presupuestos importantes: el primero, habida cuenta que se trata de procedimientos para condena de verdaderos responsables, la labor inicial de investigación precisa estar revestida del mayor despliegue de recursos por parte del aparato estatal; el segundo, la credibilidad que los coasociados depositen en el sistema.

b. Facilitan la reducción de la impunidad. Consiste en que no solamente en ese bajo número de investigaciones en que el Estado va a agotar todos sus recursos se va a lograr un efectivo esclarecimiento de los hechos. También el mecanismo de negociación permite un mayor acercamiento a la verdad real mediante el control que ejerce el juez sobre el consenso y el material probatorio.

Sin embargo, esta doctrina condiciona la validez del argumento a la existencia de un comportamiento ético de los intervinientes en el procedimiento de terminación anticipada. Obsérvese que, tanto el fiscal como el Juez y el sindicado, o su defensor, pueden utilizar estos mecanismos para desviar la atención del Estado y de la sociedad en algunos procesos. Además, desde el punto de vista de evaluación del sistema, se prestan para edificar una falsa eficacia de la administración de justicia, en atención a que si bien se obtendrían

más sentencias condenatorias, no necesariamente responderían los verdaderos autores del hecho punible.

Por ello se excluye la validez de los procedimientos que limitan la facultad de control del juez que, como se verá, no puede ser simplemente formal sino que exige el real ejercicio de la función de juzgamiento.

c. Facilitan el cumplimiento de los fines de la pena mediante la realización los principios de celeridad y economía procesales. Se defiende la abreviación de los procedimientos en los casos en que desaparece la litis como un postulado de garantía en favor de la sociedad y del propio condenado, en la medida que, bajo una concepción beccariana de los fines de la pena, resulta proporcionalmente más efectiva a los fines de prevención general y especial, la aplicación de una pena en la época más próxima posible al momento de producción de la lesión y, de otra parte, se tutela el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas.

235

d. Evitan los efectos criminógenos de las penas privativas de la libertad cortas, mediante la imposición de sanciones diferentes de la misma. El argumento encuentra su punto flaco en el hecho de que tales procedimientos no están previstos en todos los casos en función de la sustitución de la pena sino también en su reducción, sin que ello implique no cumplimiento de la privación de la libertad.

e. El estímulo a la pronta reparación de la víctima, mediante la pronta obtención de una declaratoria de responsabilidad. Sin embargo, el estudio de los diversos sistemas concluye en la mayoría de los casos en una pérdida de eficacia de la sentencia penal en los juicios civiles.

f. Ayudan a desvertebrar la delincuencia organizada. El argumento ha sido expuesto en países donde sus primeras aplicaciones han tenido como destinatarios a los miembros de grupos organizados que desempeñan actividades de terrorismo, narcotráfico, etc.¹³ Las

¹³ Defiende esta tesis, Brindeiro Geraldo, *O Combate a Corrupção e a Criminalidade no Brasil: Cruzadas e Reformas*, en *Revista de Informacao Legislativa*, Anno 30, No. 118, 330.

principales críticas se concentran en la violación al principio de igualdad material por favorecer con beneficios punitivos a quienes mayor lesión han causado al interés público y por impedir el fortalecimiento de los órganos de investigación en materia de delito organizado, por producir en estos un desestímulo. En Colombia el argumento fue expuesto por la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del decreto 264 de 1993, cuando sostuvo: "El decreto 264 de 1993, al conceder y permitir la negociación de unos beneficios, discrimina favorablemente a quienes —como se ha señalado—, han incurrido en los delitos más graves y atroces, rompiendo de manera abrupta no solo el principio consagrado en el artículo 13 constitucional, sino también toda la filosofía que inspira a la Carta Política. La norma citada se encuentra, por lo demás, en concordancia con los artículos 1º, 2º y 7º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los cuales consagran el principio de la no discriminación de la persona en cualquier orden jurídico."¹⁴

Quienes optan por criticar el sistema exponen como principales razones, además de las ya anunciadas en relación al principio de oportunidad —la mayoría de ellas por arriesgar la vigencia del principio de legalidad—, las siguientes:

- a. El incremento de riesgo de condena a inocentes. El procesado, quien —no se puede desconocer— en oportunidades prefiere una rápida decisión condenatoria a un lento y dilatado proceso judicial, está desprotegido frente a la desigualdad de poderes en relación con el fiscal en la etapa de instrucción. Tal apreciación tiene mayor validez en los procedimientos que no han previsto un control judicial para asegurar una efectiva protección de los derechos del imputado. El estado de indefensión aumenta ante la escasa aplicación del derecho de defensa técnica que enfrentan muchos países de América Latina.
- b. Desprotección de la víctima. Se argumenta que con la abreviación se reduce también el derecho de participación de la víctima, a la cual

¹⁴ Sentencia C-171 de 1993.

se le reduce el espacio de participación en el proceso en defensa de sus intereses, los cuales no son de simple reparación patrimonial sino de efectivo esclarecimiento de la verdad e imposición de la sanción.

Resulta imposible evaluar las diferentes razones que se exponen en favor y en contra de la vigencia del principio dispositivo en el proceso penal a través de la implantación de procedimientos de abreviación del proceso por consenso pues, como se ve, se trata de cuestionamientos que trascienden la simple valoración jurídica e imponen consideraciones político-criminales que en la mayoría de los casos interesan la misma finalidad del sistema penal considerado en su conjunto. Tal pretensión excede los fines de este trabajo. Por esta razón nos limitamos a exponer las objeciones que a cada uno de los argumentos expuestos se pueden formular. Lo cierto es que ni los procedimientos aludidos excluyen, *prima facie*, la existencia de un proceso, ni su regulación puede apartarse del esquema procesal adoptado, pues únicamente este permite determinar la adecuación de los procedimientos al ejercicio material del derecho a controvertir la imputación, como principio acusatorio.

237

1.3. Finalidad de los Procedimientos de Terminación Anticipada del Proceso por Consenso y Ámbito de Aplicación

Algunos distinguen entre aquellos procedimientos que pretenden evitar la audiencia, incluso el juicio, y aquellos que pretenden anticipar su celebración. Sin entrar en la discusión de contenido, aceptemos que la finalidad común coincide en todo caso en la aceleración del rito.

Otros van incluso más allá; identifican las finalidades de los procedimientos de abreviación con el esquema acusatorio o los justifican como consecuencia obligada de la adopción de tal modelo¹⁵. No participamos de dicha concepción puesto que el consenso reemplaza el proceso adversarial que es la característica esencial de un esquema acusatorio.

¹⁵ Paolozzi Giovanni. *Maggiore Semplificazione...* cit. 225.

Multiplicidad de finalidades se suelen atribuir a los procedimientos de abreviación, las cuales aparecen identificadas en la mayoría de los casos con razones de conveniencia ya expuestas en el acápite anterior. Aun así, se coincide en afirmar que la finalidad principal es aquella de favorecer una decisión pronta en aplicación del principio de economía procesal.

Por esta razón es común encontrar en la elaboración de las recientes reformas legislativas cursadas en el continente europeo que han revisado e incorporado el tema de los procedimientos de abreviación, el frecuente apoyo en la Recomendación No. 12 R(87) 18 del Consejo de Europa¹⁶ en la cual se promueve la inclusión del principio de oportunidad como remedio a la lentitud de la justicia penal, adoptando instrumentos de agilización dentro del marco permitido por las Constituciones de los Estados miembros¹⁷.

238

1.4. Terminación Anticipada del Proceso por Consenso y Esquema Acusatorio

Quienes hacen confluír los procedimientos abreviados con el esquema acusatorio fundamentan su argumento en el hecho de considerarlos corolario del mismo, toda vez que, de una parte, la contracción del procedimiento, la reducción de los costos procesales y, en general, la economía procesal, aparecen acentuados en dicho modelo, y, de otra, que estando caracterizado el esquema acusatorio por la bipartición de funciones procesales y la repartición del proceso en fases, la exigencia de garantías como la adquisición de la prueba en contradictorio ante un funcionario imparcial a quien compete exclusivamente la decisión, no garantizaría una aplicación de justicia en todos los casos. En otras palabras, la finalidad del proceso no puede ser aquella de garantizar la celebración de un juicio con audiencia pública en la que se forme la prueba pues el sistema fracasaría o, en palabras de algún autor, "... se arriesgaría la parálisis de la justicia donde se pretendiese llevar al fin cada caso procesal a la audiencia"¹⁸.

¹⁶ Raccomandazione No. 12 R (87) 18 del Consiglio d'Europa, adottata dal Comitato dei Ministri il 17 Settembre di 1987, riunione 407.

¹⁷ Sobre el alcance de la citada recomendación pueden consultarse Di Federico Giuseppe, *Obbligatorietà dell'Azione Penale, Coordinamento delle Attività del Pubblico Ministero e loro Rispondenza alle Paspettative della Comunità*, en *La Giustizia Penale*, 1991, 151 y ss.; Giarda A., *Riforma della Procedura e Riforme del Processo Penale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, II, 1399.; Vadillo Ruiz Enrique, *El Principio de Oportunidad...* cit, 303.

¹⁸ Paolozzi Giovanni, *Maggiore Semplificazione...* cit, 225.

No consideramos correcta dicha afirmación; veamos: Es cierto que la elaboración del esquema procesal debe tener especial cuidado en garantizar la economía procesal, ahorrando la innecesaria puesta en funcionamiento del sistema judicial allí donde no sea indispensable y no se encuentren limitaciones en orden a garantizar la aplicación de las garantías fundamentales, v. gr. legalidad, igualdad, defensa y debido proceso. Pero es igualmente claro que dichos propósitos no son de la caracterización propia del esquema acusatorio sino de cualquier esquema procesal. Incluso, buena parte de la justificación de los abusos cometidos en épocas de triste recordación en las que se acentuaron las características propias del sistema inquisitivo, consistió precisamente en la necesidad de realizar un juicio pronto pues la eficacia de la justicia se examinaba en torno a la consecución de un resultado.

De otra parte, siendo cierto que una de las características fundamentales del esquema acusatorio es aquella de asegurar el contradictorio —coincidiendo con la finalidad del juicio y del proceso mismo—, la exclusión de dicha etapa desvirtuaría la existencia de un verdadero proceso, materialmente entendido, y antes que lograr finalidades comunes, en principio resultarían excluyentes ya que el proceso adversarial deja salir la verdad a partir de la confrontación. Así las cosas, al contrario de lo afirmado, los procedimientos de abreviación se convertirían en una negación del esquema acusatorio antes que en una consecuencia lógica del mismo. Cosa bien diferente es que la aplicación del proceso ordinario para todos los delitos cometidos —en general y no solamente el acusatorio— pueda enfrentar críticas en cuanto a la efectividad del sistema por razón de la congestión judicial, de allí que se trabaje el problema por algunos en sede del principio de oportunidad.

Es decir, debiendo los procedimientos de abreviación por consenso garantizar la existencia de proceso, su diseño debe respetar, al contrario de lo que ocurre en la realidad, los postulados de contradicción en igualdad de condiciones, la separación de funciones de acusación y juzgamiento encargadas a titulares diferentes, el desempeño de la labor de juzgamiento por parte del juez como un tercero imparcial y no como partícipe en la formación de la prueba y, como es lógico y común a cualquier esquema, la existencia de imputación concreta y determinada como ejercicio del principio de acusación.

De otra parte, se encuentra la tendencia a identificar los procedimientos de abreviación del rito con el esquema acusatorio por razones históricas, pues,

como vimos, se acostumbra caracterizar el esquema acusatorio por el amplio influjo del principio dispositivo ya desde el derecho romano, además de los antecedentes más próximos en el derecho anglosajón, en donde dicha intervención reconoce incluso la potestad discrecional sobre el ejercicio de la acción penal. Se sostiene que caracterizado el esquema acusatorio por la disponibilidad de la acción por las partes, los procedimientos de abreviación coinciden con el mismo en la medida que se da la opción a las mismas de disponer del rito procesal¹⁹.

Las posiciones que contraponen los procedimientos de abreviación al esquema acusatorio dirigen su atención a la fase de la audiencia pública o juicio oral, concluyendo que no existe compatibilidad puesto que el esquema acusatorio se caracteriza precisamente por el fortalecimiento de dicha fase²⁰.

240

No encontramos fundamento para polarizar la discusión. Pues bien, ya se insistió en la necesidad de concebir los mencionados procedimientos como diseño que garantice la existencia de un proceso, es decir, no se puede concebir procedimiento abreviado que no garantice el cumplimiento de las garantías propias del proceso, y siendo el juicio la máxima del proceso en donde su mayor expresión se concentra en la audiencia, con igualdad de las partes en el proceso de formación de la prueba e inmediatez, no puede concebirse procedimiento de ninguna naturaleza que tienda a su supresión. Cualquier intento por justificar lo contrario rompería la estructura acusatoria.

Entendemos que el procedimiento de abreviación por consenso solo es válido, desde el punto de vista de las garantías, si mantiene la posibilidad de realización de audiencia aun cuando esta se anticipe con respecto al procedimiento ordinario. En este orden de ideas, el consenso no elimina el contradictorio, pues se acuerda sobre la base del disenso, pudiéndose formar la prueba exclusivamente en dicha audiencia y en presencia del juez, a quien no se puede limitar su función. Por ello, entre otras razones, no es válido tampoco el procedimiento que obligue al juzgador exclusivamente en favor de la condena "previamente acordada" por el acusador.

¹⁹ Paolozzi Giovanni, *MAGGIORE SEMPLIFICAZIONE...* cit., 229. También identifica el diseño de los procedimientos especiales en Italia al modelo acusatorio, Spangher Giorgio, *Meccanismi di semplificazione del Procedimento*, en *Un Codice Tipo di Procedura Penale per l'America Latina*, Padova, Cedam, 1994, 289.

²⁰ Illuminati Giulio, *Profili del Nuovo Codice di Procedura Penale*, Padova, Cedam, 1994, 461.

Así las cosas, lo que aquí interesa es la existencia de un verdadero proceso, mas allá de la tendencia que se atribuya al sistema procesal. Cada esquema -constitucional o legal- marcará los límites que el legislador enfrenta en la elaboración del procedimiento de abreviación, sin que el mismo sea incompatible, por principio, con modelo procesal alguno.

1.5. Terminación Anticipada del Proceso y Debido Proceso

a. La necesaria presencia del juez. Función de juzgamiento e intermediación

Con gran acierto se sostiene con referencia al procedimiento previsto en los Estados Unidos de Norteamérica que las alegaciones preacordadas de culpabilidad permiten, según algún jurista anglosajón, la inflación de los cargos contra el procesado. Expone Canals: "El fiscal tiene una metodología bien fácil para impulsar las alegaciones preacordadas. Él hace lo que se llama el *overcharging*. Quiere decir incluir cargos adicionales a los que normalmente se justificaban bajo la prueba y bajo la investigación que él tiene en sus manos, para entonces, en un arranque de deseo de allanar la situación y de que no se celebre el juicio, pues claudica algunos de ellos."²¹ Esta es, sin lugar a dudas, una de las principales críticas que enfrenta el modelo anglosajón.

El problema, en buena parte, radica en determinar en cabeza de quién se encuentra el dominio del proceso en el momento del consenso. Es decir, si antes de la celebración de la audiencia —que según sostuvimos debe ser realizada en presencia del juez, no pudiéndose hablar con anterioridad de consenso o de acuerdo alguno— se permite la prefabricación de la acusación. Creemos que el momento en que se concentran la acusación y el juzgamiento —temporalmente y no en cuanto a las funciones— es aquel de la audiencia que anticipa la decisión sobre el proceso, y con anterioridad a este momento, el fiscal arriesga los mismos excesos que en un proceso ordinario. Es decir, que

²¹ Actas del Convenio sobre Alegaciones Preacordadas de Culpabilidad, 1974, Puerto Rico.

el juez, a quien no se pueden imponer limitaciones algunas respecto de la función de juzgamiento, negará la acusación que no encuentre sustento probatorio en la misma audiencia en la que se produce el acuerdo. Así mismo, el acusado bien puede, en el curso de la audiencia, percibir que la formación de la prueba llevará a una absolución, al menos respecto de los cargos "inflados" que en ese momento se reducirán a su justa proporción.

b. Ejercicio de la Acción y Procedimientos de terminación Abreviada del Proceso por Consenso

242 Como corolario de la existencia del proceso en los procedimientos de abreviación surge la necesidad de considerar que en los mismos debe igualmente considerarse que hubo ejercicio de la acción penal. Ya estudiamos las exigencias del principio de legalidad-obligatoriedad, en aquellos países del sistema romano germánico acerca de la necesidad de asegurar el ejercicio de la acción penal en donde sea dable afirmar la prevalencia del interés público sobre el particular en la tutela penal. Pero, en otra arista, aparece el ejercicio de la acción penal como presupuesto de la existencia de un proceso, pues solo así se respeta el principio acusatorio.

De los anteriores supuestos nace la necesidad de admitir como procedimientos abreviados válidos como proceso, únicamente aquellos que permitan el ejercicio de la acción penal, cuestión que influye en los derechos del imputado. Pensemos por ejemplo en la hipótesis de negación de un acuerdo por parte del juez por encontrar que se produjo prueba de la atipicidad de la conducta. En un sistema típicamente acusatorio donde confluyan el ejercicio de la acción penal, con la acusación y en consecuencia la existencia de proceso, la consecuencia lógica a primera vista sería la de considerar que el pronunciamiento indicado es la absolución siendo imperativa la cosa juzgada. Pero, ¿a quién compete la decisión, al juez o al fiscal? Depende del momento en que consideremos ejercida la acción penal o si se quiere generalizar— para abarcar otros sistemas en donde no se identifica la acusación con el ejercicio de la acción—, la respuesta está en el momento en que se considere formulada la acusación. En el caso en examen y sin olvidar que se trata de un sistema hipotético, nada obstaría para considerar que la decisión compete al juez porque la acusación se formuló.

1.6. El Ámbito de Aplicación de los Procedimientos de Terminación Anticipada del Proceso por Consenso y el Principio de Igualdad

Algunas legislaciones toleran la aplicación de los procedimientos de abreviación en casos de delitos menores por considerar que la vigencia del principio de obligatoriedad puede atenuarse tratándose de criminalidad de "bagatela"²². Otras, en forma opuesta, admiten su aplicación a la criminalidad organizada y a los delitos graves en que esta actúe²³, bajo el supuesto de la dificultad probatoria que los casos ofrecen. Es decir, mientras las primeras reconocen la eficacia de los procedimientos en la medida que descongestionan la justicia a través de la solución anticipada de los casos que no ofrecen dificultades investigativas, dedicando el potencial de investigación del Estado exclusivamente a los casos que sí la ofrecen, las otras la reconocen en atención a que estos últimos solo pueden ser resueltos mediante el consenso, visto este como cooperación del sindicado.

243

Ningún sistema que reconozca la validez del principio de igualdad puede limitar la aplicación de procedimientos de abreviación sobre la base de la dificultad probatoria, mayor o menor. El principio de igualdad, materialmente entendido, admite la diversidad de procedimientos ante situaciones diversas, pero no admite la exclusión o selectividad de las garantías en perjuicio del sindicado en razón a la inoperancia del propio aparato estatal. En ese orden de ideas, será válido consagrar procedimientos diferentes para la investigación y juzgamiento de conductas menores de aquellas de mayor lesividad, por razón de la economía procesal, sin que con ello se merme la igualdad, por ejemplo en materia de unidad procesal, pues allí no se afecta al sindicado; pero no existe razón para excluir la aplicación de los procedimientos consensuados en ninguno de los dos casos, pues se parte de la base de un proceso con un fundamento probatorio que el juez evalúa libremente y eventualmente sustenta una condena independientemente de la entidad probatoria que adquiera la aceptación de responsabilidad por parte del sindicado. De otra parte, debe tenerse en cuenta que dichos procedimientos por lo general

²² Es común encontrar esta fundamentación respecto de los procedimientos referidos en España y algunos de los consagrados en Italia.

²³ Es el caso de leyes que han regido en el Perú y en Colombia.

vienen acompañados de un estímulo en el tratamiento punitivo, que es en la práctica el que conduce al sindicado a optar por la anticipación de la decisión. Ahora bien, si la conducta se considera de irrelevante lesión, la respuesta del aparato debe ser sustantiva, la descriminalización o la exclusión de la antijuridicidad material si se trata del caso concreto.

Se torna aún más grave la situación en aquellos sistemas que limitan la aplicación de la figura en atención a la pena solicitada por el fiscal, la cual de no superar una determinada cuantía, permite dar aplicación a los procedimientos de terminación anticipada por consenso. Tal sería el caso del procedimiento abreviado previsto en el código tipo para América Latina, el *patteggiamento* consagrado en el estatuto italiano o la conformidad en el caso español. En estos casos no solo se limita la aplicación del procedimiento bajo el parámetro de la gravedad del delito –aceptando en gracia de discusión que esta se refleja en la cuantía de la sanción penal, lo cual a veces no es del todo cierto– con lo que se pone en peligro el canon de la igualdad y se deja al arbitrio de la parte acusadora la procedencia del procedimiento pues se reconoce a esta un amplio margen de discrecionalidad que, a más de acceder la función de acusación e invadir aquella de juzgamiento, transgrede claramente el principio de legalidad. Se niega desde el punto de partida el debido proceso.

244

1.7. La Sentencia en los Procedimientos de Terminación Anticipada del Proceso por Consenso

¿Cuál es la naturaleza y efectos de la sentencia producida como resultado de un procedimiento abreviado? La discusión se ha propuesto a propósito del *patteggiamento* o aplicación de la pena por solicitud de las partes consagrado en la legislación procedimental italiana, pero es igualmente válida en los sistemas que consagran procedimientos similares, pues es común encontrar disposiciones especiales que modifiquen los efectos de la sentencia emanada en uno de estos procedimientos.

Ocurre que en las disposiciones referentes a la aplicación de la pena por petición de las partes o *patteggiamento* consagrado en el texto procedimental italiano se dice: "Salvo disposiciones de ley en contrario, la sentencia es equiparada a un pronunciamiento de condena". De otra parte la

legislación fija los efectos de dicha sentencia en lo referente a algunas materias al disponer que dicha sentencia no comporta el pago de los costos procesales ni la aplicación de medidas de seguridad; tampoco decide sobre la acción civil, ni tiene efectos en juicios administrativos civiles o administrativos, ni genera antecedentes penales.

Así las cosas, la sentencia de *patteggiamento* ha despertado un gran debate en la doctrina y la jurisprudencia acerca de si dicho pronunciamiento se cualifica o no como una condena. Quienes consideran que se trata de una sentencia atípica²⁴ afirman que en la providencia no se verifica la responsabilidad penal del imputado y por ello la ley ha sido enfática en aclarar que no se trata de una sentencia condenatoria sino que se asimila a la misma, surgiendo así la necesidad de fijar en la misma ley sus efectos; por ello se concluye, tampoco la providencia exige motivación acerca de la verificación de la responsabilidad²⁵. Quienes por el contrario²⁶ consideran que se trata de una sentencia condenatoria, no solo parten del binomio inescindible entre responsabilidad y pena²⁷, sino que interpretan la diversidad de los efectos de la sentencia en el querer del legislador de dotar de mayor dinámica al procedimiento manteniendo la participación de los intervinientes que garanticen su existencia, es decir, tan solo la parte acusadora y el acusado. Por ello deducen, la motivación acerca de la verificación sobre la efectiva voluntariedad del imputado y sobre la petición misma son imperativos y traducen la verificación de la responsabilidad.

245

Particularmente compartimos la segunda tesis. No es la ocasión para analizar las particularidades del instituto de *patteggiamento* en el derecho positivo, sin embargo debe mencionarse el condicionamiento del propio legislador en el sentido de disponer la sentencia solo cuando considere que "no debe ser pronunciada sentencia de sobreseimiento...". Lo anterior indica que,

²⁴ Boschi Marco, *Sentenza di Condanna Atipica per l'Applicazione di Pena Patteggiata*, en *La Giustizia Penale*, 1990, 645 y ss.

²⁵ Posición que se compadece con la jurisprudencia de la Corte di Cassazione (Cass sez. Un., 23 Novembre 1988), con respecto a la aplicación de una sanción sustitutiva por parte de un imputado en aplicación del art. 77 de la ley No. 689 del 24 de noviembre de 1981.

²⁶ Taormina Carlo, *Qualche Altra Riflessione sulla Natura Giuridica della Sentenza di Patteggiamento*, en *La Giustizia Penale*, 1990, 649 y ss.

²⁷ Así lo entendió la Corte di Cassazione (Cass. Sez. Y, 19 Febbraio 1990) al afirmar el reconocimiento de responsabilidad como presupuesto para la aplicación de la pena.

con razón, nada puede despojar al juez de su función de juzgamiento, pues de lo contrario, no solo se violarían los cánones de la legalidad al disponerse el cumplimiento de una pena —sin que aquí importe si se trata de privación de la libertad o pena pecuniaria— sin previa condena y con esto, sin previo proceso, y de obligación de motivar el pronunciamiento, sino que se rompería con la bipartición funcional entre acusación y juzgamiento que garantiza el acusatorio²⁸.

Claro es entonces que resulta impropio hablar de diversidad de sentencias típicamente condenatorias unas y atípicas las otras, pues la exigencia de condena previa a la imposición de la sanción es solo una: aquella que declara responsabilidad penal como producto de un debido proceso, independientemente de que la ley suprima algunos efectos de la misma respecto de terceros que no han participado dentro del proceso, puesto que allí se tutela también su derecho.

²⁸ Acerca de la función de Control del juez, la Corte Constitucional Italiana marcó una importante pauta en su sentencia No. 313 de 2 de julio de 1990, cuando declaró la inconstitucionalidad del inciso 2 del artículo 444 del Código de Procedimiento Penal en la parte que no prevé la posibilidad de que el juez rechace las peticiones en donde encuentre incongruencia entre la pena solicitada y aquella que según su valoración corresponde. En el mismo sentido cabe recordar la sentencia de la Corte Constitucional colombiana en que se declaró la inexequibilidad total del decreto 264 de 1992, entre otras razones por impedir al juez controlar la legalidad de los acuerdos entre fiscal e imputado autorizados por la disposición.

2. LOS PROCEDIMIENTOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO EN PARTICULAR EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. Premisa

Ya se ha anotado como la denominación de los procedimientos causa equívocos en su estudio, resultando del todo posible elaborar diversas clasificaciones dependiendo de la finalidad que se pretenda conseguir (adelantar alguna etapa procesal o evitarla), si ese exige el consenso o no sobre la acusación como presupuesto (independientemente del consenso acerca del procedimiento mismo), o de la naturaleza del interés tutelado en la prohibición aplicable al caso concreto (cuestión que genera la variación del fundamento de intervención del principio dispositivo en el proceso), entre otros factores.

247

Dada la generalidad de procedimientos que aparecen regulados en el derecho procesal positivo respecto de los cuales es posible calificar de extraordinarios o especiales respecto del común u ordinario, se hace necesario circunscribir el ámbito del trabajo a la pretensión inicial.

Pues bien, por ahora pretendemos abordar exclusivamente el examen de los procedimientos (como forma) de terminación anticipada (que resuelven el proceso en forma abreviada respecto del procedimiento ordinario) del proceso (como contenido) por consenso (sobre los elementos que integran la imputación en cuanto a los hechos y su calificación jurídica y correspondencia con la aceptación de responsabilidad en los términos de la acusación y sus consecuencias punitivas, independientemente que se produzca eventualmente una absolución), en el marco de la generalidad de intereses tutelados (con lo que se excluyen procedimientos que estimulan la reparación del daño o el restablecimiento del derecho en casos de satisfacción del interés privado y abandono del interés público por inferior relevancia).

2.2. Los procedimientos en Italia

Los procedimientos de anticipación de la decisión, que aparecen bajo la denominación de procedimientos especiales en el código de procedimiento

penal italiano de 1988 son el juicio abreviado, la aplicación de la pena por solicitud de las partes, el juicio directísimo, el juicio inmediato, el procedimiento por decreto y, la doctrina añade, la oblación.

En estricto sentido tan solo la aplicación de la pena a petición de las partes se acomoda a nuestra pretensión, pues si bien existen otros procedimientos que parten del consenso, como es el caso del juicio abreviado o la oblación, no persiguen la condena, pues el primero simplemente implica la disposición de las partes de atenerse a lo actuado para la decisión del juez, y el segundo persigue y desemboca en la declaratoria de extinción de la acción penal.

Ello no nos impide, en aras a un mayor entendimiento, abordar puntos concretos referentes a todo el conjunto, entre otras razones, porque una visión sectorizada desembocaría inevitablemente en una confusión.

248

a. Clasificación de los Procedimientos Especiales

Con el fin de concretar el ámbito de estudio ayudémonos de la clasificación de los procedimientos especiales aceptada en la doctrina italiana.

Según los diversos factores que generan especialidad dentro de la referida particularidad de los procedimientos, pueden establecerse varios grupos según se atienda a la finalidad de transformar la etapa del juicio ordinario, según exista consenso, según el ámbito de aplicación respecto de la pena por imponer y según los límites impuestos al derecho de impugnación.

Según la finalidad de transformar el juicio:

1. Procedimientos que pretenden evitar la celebración de audiencia en el juicio. Se encuentran en este grupo los procedimientos de juicio abreviado, aplicación de la pena por solicitud de las partes y el procedimiento por decreto, pues eliminan la celebración de la audiencia prevista en la etapa del juicio.
2. Procedimientos que persiguen la celebración anticipada de la audiencia del juicio, evitando la audiencia preliminar. Pertenecen a esta categoría el juicio inmediato y el juicio directísimo pues eliminando

la etapa intermedia de audiencia preliminar anticipan la celebración del juicio, incluida la audiencia prevista como debate.

Esta clasificación coincide con aquella que se pudiera realizar respecto de los incentivos punitivos, puesto que en los procedimientos especiales contenidos en el primer grupo está prevista una disminución punitiva mientras que para los segundos no, salvo que en el curso de la actuación se cambie de rito.

Según la existencia de consenso:

1. Procedimientos que suponen la existencia de consenso. Cabrían en este grupo la aplicación de la pena por solicitud de las partes, el juicio abreviado, el juicio directísimo en las hipótesis de consentimiento de las partes cuando ha sido negada la convalidación del arresto por parte del juez –puesto que para dar trámite al juicio directísimo en el caso contrario no se requiere el consentimiento– y el decreto penal donde el consenso aparece en un momento posterior mediante la aquiescencia del sindicado– ya que para iniciar el procedimiento no se requiere el consenso entre fiscal e imputado sino que el mismo se manifiesta como "no oposición" una vez producido y ejecutoriado el respectivo decreto.
2. Procedimientos que no requieren el consenso entre fiscal e imputado. Es el caso del juicio directísimo en la hipótesis de convalidación del arresto por parte del juez y el juicio inmediato, que condiciona la procedibilidad exclusivamente a la solicitud del Ministerio Público y la admisión por parte del juez.

249

Según el ámbito de aplicación respecto de la pena por imponer.

1. Procedimientos que no establecen la condición de procedibilidad respecto de la pena. Pertenecen a este enunciado los procedimientos abreviado, directísimo e inmediato, los cuales pueden ser aplicados independientemente de la gravedad del delito, la sanción prevista, la solicitada o la efectivamente impuesta.

2. Procedimientos que condicionan la procedibilidad respecto de la pena. Es el caso de la aplicación de la pena por solicitud de las partes que discrimina en razón a la cantidad de pena por imponer limitado a casos en que se trate de una pena no privativa de la libertad o una pena privativa que, teniendo en cuenta las circunstancias modificadoras de la punibilidad incluida la atenuante premial que genera la aplicación de dicho procedimiento, no supere los dos años de reclusión o arresto, y el procedimiento por decreto que condiciona ya no cuantitativamente sino cualitativamente la procedencia del rito según la naturaleza de la pena, limitado a casos en que se deba imponer una pena pecuniaria, aun en los eventos en que esta sea propuesta como sustitutiva de una pena privativa de la libertad.

Según los límites al derecho de impugnación:

1. Procedimientos que no imponen límite a la apelación de la sentencia. Se trata de los procedimientos de juicio inmediato, juicio directísimo y procedimiento por decreto.
2. Procedimientos que limitan la apelación de la sentencia. Donde encuentran cabida el procedimiento de juicio abreviado en el que se excluye la apelación de la sentencia en los eventos taxativamente previstos por el legislador, ni por el imputado ni por el Ministerio Público: en relación con sentencias que impongan sanciones sustitutivas, sentencias absolutorias cuando se pretenda obtener con la impugnación un fundamento diverso, ni por el imputado: en relación con sentencias condenatorias que impongan una pena a no ejecutar o de naturaleza pecuniaria, ni por el Ministerio Público: en relación con sentencias condenatorias, salvo en el caso que se haya modificado en la misma la denominación jurídica del delito. También se encuentra en este grupo la aplicación de la pena por solicitud de las partes, que por excepción reconoce al Ministerio Público el derecho a apelar la sentencia en los casos en que esta haya sido proferida con fundamento en la solicitud formulada por el imputado sin mediar el consenso, siendo excluido para los demás eventos.

2.3. Los Procedimientos en Estados Unidos de Norteamérica

El procedimiento de negociación entre intervinientes en el proceso penal con el fin de obtener una sentencia anticipada, en el sistema federal norteamericano, surge a finales del siglo XIX siendo posteriormente acogido por otras jurisdicciones como la de Canadá, Reino Unido, Nueva Zelandia y Australia. Durante más de medio siglo el mecanismo del Plea Bargaining o alegaciones preacordadas de culpabilidad fue utilizado como uso procesal sin respaldo de legislación, siendo criticado por sectores de la doctrina que lo tacharon de violatorio de las formas procesales al no existir un marco expreso de regulación que señalara en forma clara la manera como deberían celebrarse los acuerdos, la validez de los mismos, su obligatoriedad frente a las decisiones de los tribunales, etc.

251

Fue en el año 1971 en la decisión de *Santobello v. s. New York* del Tribunal Supremo Federal en la que se recogieron jurisprudencialmente las reglas que servirían de marco de acción en el desarrollo de la práctica de negociación de cargos para posteriormente constituirse en legislación al reformarse la regla 11 de Procedimiento Criminal Federal, vigente en la actualidad.

El procedimiento contenido en las reglas tiene las siguientes características:

- Las conversaciones pueden iniciarse a instancia del fiscal o el sindicado por intermedio de su abogado defensor.
- Puede acordarse a cambio de la alegación de culpabilidad por el delito alegado en la acusación o denuncia uno inferior. El fiscal se obliga a una o varias de las siguientes acciones:
 1. Solicitar el archivo de otros cargos contra el imputado.
 2. Eliminar una alegación de reincidencia o delincuencia habitual.
 3. Recomendar una sentencia en particular o comprometerse a no ejercer oposición a la petición que haga la defensa sobre una sentencia específica.

4. Acordar que determinada sentencia específica es la que dispone adecuadamente el caso.

- El acuerdo entre el fiscal y el defensor no obliga al Tribunal a adoptar una decisión conforme a lo transado.
- El Tribunal no participa en las conversaciones.
- Una vez celebrado el acuerdo, si se trata del compromiso de recomendar una sentencia en particular o no oponerse a la petición del defensor, el imputado no podrá retirar su alegación en caso de que el Tribunal no acepte el acuerdo. Tratándose de un compromiso diferente, las normas prevén que el Tribunal puede aceptar o rechazar el acuerdo o aplazar la decisión hasta el momento de considerar el informe presentencia.
- Cuando el acuerdo es rechazado por el Tribunal se les comunica a los sujetos procesales y se le advierte al imputado que el Tribunal no está obligado por el acuerdo. De insistir en la alegación se le previene de la posibilidad de obtener una decisión final menos favorable que la acordada.
- El hecho de que el imputado haga una alegación preacordada de culpabilidad no podrá ser tenido como prueba contra el imputado en ningún otro proceso, cualquiera fuese su naturaleza, cuando ella hubiere sido rechazada por el Tribunal, retirada por el imputado o invalidada en virtud de un recurso posterior, salvo el caso de investigación contra el imputado por perjurio.
- El Tribunal antes de tomar una decisión debe cerciorarse de que la alegación ha sido hecha sin ningún vicio del consentimiento, de la conveniencia de la misma para la administración de justicia y de que ella haya sido hecha conforme a derecho y a la ética. Para estos fines, el Tribunal tiene amplias facultades de investigación incluso la de interrogar al imputado y terceras personas.

Esta decisión del Tribunal Federal marcó un pilar fundamental en la práctica del mecanismo de alegaciones preacordadas de culpabilidad. Si bien la institución solo tuvo regulación hace tres décadas, su aplicación era reconocida por los tribunales estatales a la vez que era aceptada tanto por el Ministerio Público como por los abogados defensores. Sin embargo, siempre fue patente el reclamo de la sociedad acerca de una regulación del tema que garantizara no solo los princi-

pios constitucionales de los acusados y las víctimas sino que aquellas prácticas estuvieran siempre conformes con la ética, incluso con anterioridad a la regulación jurisprudencial fue común la práctica de negar las alegaciones preacordadas para efectos de las grabaciones en que quedaban consignadas todas las actuaciones.

Así mismo, se reconoció la virtud del sistema en tanto se había convertido en un mecanismo indispensable para garantizar la celeridad de la administración de justicia, no solo en la decisión comentada sino con posterioridad en varias decisiones de los tribunales estatales. Basta mencionar la decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso *Pueblo vs. Mojica Cruz* del año 1984 en la que se lee: "Nuestra jurisdicción se ha mantenido rezagada en este importante aspecto de la justicia criminal, no obstante las fuertes críticas del sistema imperante y las vehementes recomendaciones de que se adopte el procedimiento conducente a la aceptación de las alegaciones preacordadas...". "En el descargo de nuestra obligación de pautar el derecho procesal y particularmente de impartir certidumbre y fluidez a los procedimientos, no debemos aplazar por más tiempo la aceptación y reglamentación de que en su oportunidad se incorpore formalmente al cuerpo de reglas de procedimiento criminal...".

253

Debe tenerse presente que estas decisiones lejos de constituir un avance progresista en el derecho procesal fueron el reconocimiento tardío de un sistema que venía operando de tiempo atrás y sin el cual la justicia criminal estadounidense no tendría los índices de efectividad actuales tan aplaudidos en otras latitudes. Como antecedente importante debe recordarse que para el año 1974 el Comité para el Estudio de la Fiscalía del Consejo para la Reforma del Sistema Judicial reconoció que la existencia de esta práctica procesal tenía relación directa con la disminución en el número de procesos que terminaban con sentencia habiendo sido sometidos a juicio público.

3. LOS PROCEDIMIENTOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO EN COLOMBIA

3.1. Antecedentes

a. Decreto 050 de 1987. Procedimiento Abreviado

En el ordenamiento jurídico procesal colombiano no ha sido extraño el procedimiento de terminación del proceso en forma anticipada. En estatutos anteriores se previó la posibilidad de acudir a un pro-

cedimiento abreviado que consistía en eliminar una parte del juzgamiento y recortar los términos legales. Dicho procedimiento era aplicable en los casos de confesión simple o flagrancia y no exigía consenso.

b. Decreto 2700 de 1991

El Código de Procedimiento Penal incorporó en su artículo 37 el mecanismo de la terminación anticipada del proceso. Refundió en un único procedimiento los institutos importados del sistema italiano, del *patteggiamento* y el juicio directísimo, o si se quiere hablar en términos de antecedentes en el derecho interno, mezcló los procedimientos abreviados con la nueva figura de la transacción procesal.

254

c. Decreto 264 de 1993

No obstante en forma preliminar debe advertirse que se trata de figuras de naturaleza diferente, por cuanto una dice relación a la concesión de beneficios penales por colaboración con la justicia, en tanto que la otra se materializa como mecanismo de descongestión, en esa oportunidad se consagró un trámite que permitía al fiscal renunciar al ejercicio de la acción penal con miras a lograr mayor eficacia en la administración de justicia. Lo importante de este antecedente es que por decisión de la Corte Constitucional, en sentencia C-171 de 2003 se sentó el presupuesto de que, atendido nuestro esquema procesal constitucional, no era dable al fiscal invadir la órbita de las funciones de juzgamiento. Este pronunciamiento motivó la expedición de un decreto de conmoción interior posterior que introdujo, entre otras, la necesidad de aprobación de los acuerdos por parte del juez.

d. Ley 81 de 1993. La sentencia Anticipada y la Audiencia Especial

Estas dos figuras creadas a partir de la Ley 81 de 1993, dividieron las hipótesis de aceptación de la responsabilidad por parte del procesado y negociación de cargos.

Conviene recordar las diferencias de las dos figuras toda vez que si bien fueron derogadas, la primera por el nuevo Código de Procedimiento

Penal y, la segunda, por la ley 600 de 2000, debe recordarse que el sistema de transición previsto implica que los procesos por delitos cometidos antes del 2 de enero de 2005 continuarán tramitándose conforme al procedimiento previsto en el código anterior. De otra parte, en cuanto a la figura de la audiencia especial, aun cuando su regulación fue derogada por el Código de 2000, habrán de examinarse las distintas hipótesis a fin de determinar su posible aplicación por virtud del principio de favorabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, el examen de las dos figuras resulta particularmente útil para examinar, comparativamente, la regulación del nuevo código de procedimiento penal, pues debe recordarse que dichas figuras descansaban en un ordenamiento constitucional diferente, en el que merece destacar la vigencia absoluta del principio de obligatoriedad.

255

d.1. Presupuestos

- Sentencia anticipada. Atendiendo a la naturaleza jurídica de la figura contemplada en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, se advierte que el presupuesto básico para su aplicación es la confesión simple del sindicado.

Se ha sostenido que la sentencia anticipada no es más que una nueva versión del procedimiento abreviado que consagraban legislaciones procesales anteriores. Sin embargo, debe hacerse una aclaración: el procedimiento abreviado que existió en Colombia con anterioridad al nuevo código obedecía a la claridad que aportaba la prueba recaudada hasta el momento en el proceso, por esta razón se tomaban como indicativos el estado de flagrancia o la prueba de confesión. Con la nueva figura de la sentencia anticipada lo que se pretende es que el sindicado acepte su responsabilidad mediante la confesión sin importar si se trata de un caso de flagrancia. Por esta razón es dable predicar, como se tratará más adelante, que si el sindicado confesó en su primera versión y esta sirve de base para proferir una sentencia condenatoria, pero además solicita el trámite de sentencia anticipada se le deben reconocer las dos rebajas de pena previstas en la ley. Ahora bien, si se trata de flagrancia o confesión realizada exclusivamente para efectos de la sentencia anticipada, solo es procedente otorgar la rebaja de una tercera o de una

octava parte dependiendo de la etapa procesal en la que se solicite el trámite respectivo.

Lógicamente y aunque la norma no lo diga se entiende que la sentencia anticipada no es aplicable para los casos de confesión calificada que excluya la responsabilidad penal por cuanto se parte del presupuesto de una sentencia condenatoria y de allí que el estímulo sea la obtención de una disminución punitiva.

- Audiencia especial. El presupuesto básico para la aplicación de esta figura radica en la existencia de una duda probatoria respecto de algunos de los cargos imputados al procesado, porque si existe duda sobre todos los cargos que se le imputan, lo procedente es dictar la providencia que ordene la preclusión de la instrucción por cuanto es presupuesto también indispensable para la aplicación de esta figura la finalidad de obtener una sentencia declaratoria de responsabilidad penal.

Algunos críticos de la figura han sostenido que resulta equívoca e inaplicable por cuanto la duda probatoria da lugar al reconocimiento de un derecho y no de un beneficio; es decir si v. gr. existe duda sobre la consumación del delito, por aplicación del *in dubio pro reo* deberá reconocerse al sindicado el dispositivo de la tentativa de encontrarse prueba sobre los restantes elementos de la misma; constituyéndose la audiencia especial en un mecanismo violatorio de los derechos del procesado al cobrarle con el precio de una confesión algo a lo que por Constitución y ley tiene derecho. No compartimos la tesis expuesta puesto que si se observa, el procesado sí está obteniendo un beneficio en la transacción. Veamos: Es cierto que el principio del *in dubio pro reo* es aplicable al procesado en cualquier momento del proceso pero también es cierto que debe entenderse que su reconocimiento está supeditado al momento de tomar la decisión correspondiente, es decir, al finalizar la etapa procesal respectiva. Es en ese momento en que aparece para el procesado el derecho a que no habiendo otra forma para resolver la duda esta debe resolverse en su favor. Debe observarse que tratándose de la audiencia especial lo que pretenden el fiscal y el sindicado es que se resuelva su situación de manera definitiva antes de concluir los tér-

minos máximos legales que la ley prevé para agotar la investigación. El sindicado no solo obtiene una decisión pronta sino que además el Estado renuncia a los términos para agotar la etapa instructiva y el sindicado obtiene un beneficio consistente no solo en la reducción punitiva sino en la seguridad que le otorga la cosa juzgada, aun cuando existía para el Estado la posibilidad de resolver la duda y decidir en su contra en forma más gravosa.

Surge la inquietud respecto de los acuerdos que contengan una preclusión. ¿Qué sucede si el juez, al momento de pronunciarse sobre el acuerdo, se opone en relación con la preclusión pero acepta lo acordado respecto de los otros cargos? Creemos que no le es dable al juez pronunciarse sobre preclusiones basadas en la duda probatoria; y es que es en estos casos en los únicos en los que se puede acordar una preclusión. Sin embargo, puede ocurrir que un fiscal desconozca la prueba y acuerde una preclusión, evento frente al que consideramos como única solución posible que el juez se pronuncie formulando observaciones y advirtiendo la improcedencia de acordar la preclusión pero abriendo al mismo tiempo una compuerta para que se continúe el acuerdo sobre los demás cargos. Lógicamente el paso por seguir será romper la unidad procesal y continuar la investigación por el delito por el cual se había acordado precluir. Algunos sostienen que el juez en este evento podría pronunciarse aprobando el acuerdo en cuanto a los cargos frente a los cuales se acordó responsabilidad penal e improbandos aquellos sobre los que se acordó precluir la investigación; dicha tesis nos parece incorrecta porque el acuerdo no se puede fraccionar en cuanto hace parte de un todo que reporta beneficios al sindicado en la medida en que ese todo sea aceptado por el juez sin romper el equilibrio entre los diversos aspectos a que se refiera el acuerdo. Tampoco es posible pensar como solución que el juez impruebe de plano el acuerdo por cuanto debe otorgarse la posibilidad al sindicado y al fiscal de continuar la transacción, bien planteando una nueva fórmula, bien insistiendo en los puntos acordados que no impliquen preclusión. De todas formas subsistirá el riesgo de una posterior preclusión infundada, pero este es un yerro predicable del esquema procesal, dada la ausencia de controles sobre la preclusión.

d.2. Iniciativa e intervención

El decreto 2700 de 1991 indicaba únicamente que "... a iniciativa del fiscal o del sindicado..." podría celebrarse la audiencia de terminación anticipada del proceso. Se preguntaba si era posible que el defensor tuviera la iniciativa de solicitar la audiencia, en representación del sindicado. Para aclarar las dudas, la ley 81 de 1993 dispuso, respecto de la audiencia especial, que lo podía hacer el sindicado o el defensor; respecto de la sentencia anticipada, guardó silencio.

Nos parece que hay que precisar dos momentos diferentes:

258

El primero, la solicitud. El segundo, el acto mismo de aceptación de cargos en la sentencia anticipada o el de la transacción en la audiencia especial. Respecto de la solicitud, en la audiencia especial la ley atribuye esa función al defensor y por tanto dicha facultad se entenderá incorporada al contrato de mandato. No sucede lo mismo con la sentencia anticipada por cuanto allí la ley no se pronunció y no es posible entender que en todos los casos, la solicitud de sentencia anticipada procura la defensa de los intereses del procesado. Piénsese en el caso en que un defensor quiera que su defendido acepte cargos por delitos no cometidos. Por esta razón entendemos que, tratándose de la sentencia anticipada, la facultad de solicitarla debe ser otorgada en forma expresa.

En relación con el segundo momento, es decir, el de confesión o transacción, según el caso, resulta claro que tratándose de responsabilidad penal el acto de aceptación es personalísimo y no puede exceder de la órbita del procesado y por tanto es indelegable en el defensor. Habida cuenta del gran número de procesos que se tramitan en Colombia en contumacia, este factor debe ser tenido en cuenta al medir el éxito en la aplicación de los nuevos mecanismos en relación con el número de procesos en que podrían aplicarse.

En cuanto a los sujetos llamados a intervenir en la audiencia especial, debe aclararse que nada impide que además del sindicado, su defensor y el fiscal, asistan a la diligencia el Ministerio Público y la

parte civil. El primero, en procura de la defensa del orden jurídico, de los intereses de la sociedad y las garantías fundamentales del procesado, teniendo incluso la capacidad de intervenir aunque sus apreciaciones no tengan fuerza vinculante. Respecto de la parte civil, las normas no prevén su intervención; sin embargo, consideramos que es una medida sana el hecho de abrir la posibilidad para que las víctimas y perjudicados por el delito puedan enterarse de las razones que movieron a la administración de justicia para llegar a un acuerdo. Y aun cuando a la parte civil solo le interesa la declaratoria de responsabilidad penal, en principio, debe procurarse que estos mecanismos tengan aceptación dentro del conglomerado social, máxime tratándose de una parte interesada. En sistemas foráneos semejantes se llega incluso a citar en forma obligatoria a las víctimas. Creemos que tratándose de acuerdos que decreten alguna preclusión, aunque existe la posibilidad para la parte civil de recurrir la sentencia, puede otorgarse también la posibilidad de que intervenga en la audiencia y manifieste las razones de su inconformidad ante el fiscal. Con ello se garantiza el derecho de defensa a este sujeto procesal en ambas etapas y se da aplicación al principio de economía. Así mismo, debe anotarse que su opinión no obliga ningún pronunciamiento debido a que allí no hay una providencia que impugnar, simplemente existe un acta que es una mera expectativa de resolución de acusación.

259

d.3. Oportunidad

- *Sumario.* Las disposiciones prevén la posibilidad de solicitar sentencia anticipada a partir de la diligencia de indagatoria y hasta el momento en que quede ejecutoriado el cierre la investigación. En cuanto al momento inicial es claro que solo a partir de la vinculación aparecen las primeras imputaciones concretas en contra del sindicado que son las que servirán de base para aceptar los cargos. En cuanto a la audiencia especial, el artículo 37^a modificado por la Ley 81 de 1993 establecía la exigencia de haberse definido situación jurídica. Debe anotarse que no se requiere que dicha decisión sea desfavorable porque la imposición de una medida de aseguramiento obedece en lo sustancial a la presencia de un indicio grave de responsabilidad pero es cierto que con anterioridad ya se han recauda-

do otras pruebas que permiten al funcionario vincular al imputado mediante la recepción de indagatoria. Por lo anterior, pensamos que nada obsta para concluir que un imputado contra el cual no se ha proferido medida de aseguramiento podría acudir a cualquiera de los dos trámites. Piénsese en el caso de una persona a quien se aduce un documento falso en el que aparece su firma. Puede que al momento de resolverse su situación jurídica se tenga la prueba del documento pero esté pendiente un dictamen que pruebe su autría. El funcionario bien podría resolver no imponer medida de aseguramiento pero el sindicado, quien sabe que la prueba finalmente va a llegar, puede optar por terminar su proceso en forma anticipada, antes de que desaparezca la duda probatoria, con lo cual tendrá la posibilidad de acudir a cualquiera de los dos mecanismos previstos en la ley. Por esa razón la Ley 600 de 2000, en el artículo 40 referente a la sentencia anticipada, solo exige la indagatoria. Además, aclara que en los procesos por delito que admite definición de situación jurídica, la diligencia debe realizarse dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia; no es necesario entonces que la providencia imponga medida de aseguramiento, porque entre otras cuestiones, debe recordarse que el fiscal puede concluir que, no obstante existir prueba que soporte la medida, la detención no es necesaria.

Aun cuando la ley prevé una suspensión en los términos de la instrucción a partir del momento en que se haga la solicitud y hasta tanto quede en firme la providencia aprobatoria del acuerdo en la audiencia especial, la misma no puede exceder de treinta días. En el caso de la sentencia anticipada no se prevé un plazo máximo para la suspensión. Pero bien puede ocurrir que, vencido este término, y reanudados los términos de instrucción, cuando vuelva el acuerdo improbadado, sin posibilidad de correcciones, ya se encuentre vencido el plazo máximo para la instrucción. En este evento, creemos que el fiscal deberá, según el caso, acusar o declarar las preclusiones a que hubiere lugar sin que proceda la causal de impedimento por cuanto allí no se va a afectar la imparcialidad en la instrucción debido a que esta se encuentra agotada.

- *Juzgamiento*. Por disposición legal, en esta etapa solo es procedente elevar la solicitud de sentencia anticipada. Lo anterior obedece a que allí la posibilidad se reduce a la aceptación de los cargos mas no a la transacción probatoria. Y ello tiene razón de ser en cuanto hay una resolución de acusación en firme en la que debe haber prueba de la ocurrencia del hecho y de la posible responsabilidad del sindicado. Además, el Estado ya ha utilizado gran parte de sus recursos técnicos y humanos para esclarecer el hecho punible, siendo menor la ayuda que pueda aportarle el procesado, no queriendo decir con lo anterior que de todas formas el sindicado no conserva la posibilidad de aportar nuevas pruebas que desvirtúen o modifiquen la acusación. Lo que sucede es que obedeciendo la estructura del Código de 2000 a una instrucción y juicios de tendencia inquisitiva, cuando comienza el juicio ya se ha agotado la práctica de la mayoría de las pruebas de cargo.

261

d.4. Procedimiento

- *Sentencia anticipada*. El trámite para solicitar una sentencia anticipada consiste en la formulación de una solicitud al fiscal en la cual, en forma motivada, debe manifestarse la voluntad de aceptar los cargos que hasta el momento reposan en las actuaciones procesales, o parte de ellos. Aquí debe precisarse que la norma restringe esta posibilidad a una sola vez, como lo hizo en la audiencia especial. Y la razón de ser es que una vez consignados en el acta los cargos y su aceptación y enviados al juez, este puede rechazar el acuerdo cuando se haya presentado violación a las garantías fundamentales, caso en el cual procede el trámite de corrección a las observaciones en la audiencia especial y si se trata de sentencia anticipada, continúa el proceso, pero puede ocurrir, dependiendo de las objeciones del juez, que con posterioridad, el sindicado pueda solicitar sentencia anticipada. Nótese que aquí no se trata de una nueva solicitud sino de la corrección de las observaciones formuladas por el juez al rechazar el acta, dentro del mismo trámite.

Debe anotarse que, formulada la solicitud, el sindicado deberá esperar a que precluya la oportunidad para practicar pruebas y se amplíe la indagatoria, si así lo consideró oportuno el fiscal, tal como lo dispo-

ne la norma, y solo después de practicadas y evaluadas estas diligencias, se pueden aceptar los cargos.

En cuanto dice relación a la decisión del juez, esta puede consistir en una sentencia o en un auto que rechace el acta en el evento de violación de garantías fundamentales, decisiones contra las cuales se podrá ejercer el derecho de impugnación por el fiscal, la parte civil, el ministerio público y el procesado o su defensor, aun cuando se reduce el interés jurídico para recurrir, pues se parte de base de la aceptación de la responsabilidad por parte del acusado.

- *Audiencia Especial.* Como lo hemos venido sosteniendo, el presupuesto básico de aplicación de esta figura es la duda probatoria. Por ello, la necesidad de convocar a una audiencia durante la instrucción en la que el fiscal y el procesado, en compañía de su defensor, puedan transigir sobre los cargos respecto de los cuales exista duda. Formulada la solicitud, o de oficio si a bien lo tiene el fiscal, se convocará a la audiencia. Una vez iniciada, se debe dar lectura a los cargos que impute la Fiscalía en contra del sindicado y a renglón seguido, deberán escucharse las propuestas. Aquí debe anotarse que no se trata de una formulación de cargos contra el procesado que incluya una única propuesta para ser aceptada o negada; se debe seguir el curso normal de cualquier proceso de negociación, es decir, leídos los cargos deberá proceder a proponer quien tuvo la iniciativa para la celebración de la misma, y con posterioridad se deberá escuchar la propuesta de la parte contraria. Una vez oídas las propuestas y contrapropuestas, se abrirá el debate en la audiencia para que intervengan los sujetos y así llegar a un acuerdo. Finalmente, se oirá al Ministerio Público si es que su representante consideró conveniente asistir a la diligencia y finalmente a la parte civil, cuando el acuerdo comprometa la preclusión de otros comportamientos, tal como lo habíamos señalado en su oportunidad, así como en los casos en que este sujeto procesal desee intervenir en el trámite. Producido el acuerdo y levantada el acta que contenga el mismo, puede proceder el fiscal, aun cuando no esté obligado, a explicar a los perjudicados por la comisión del hecho punible, las razones que lo movieron a transigir, y las bondades que para la administración de justicia implica la aceptación de cargos en ese caso concreto.

La actuación siguiente será la de someter el acuerdo a consideración del juez, para su aprobación o improbación. Recibidas las diligencias, se pueden presentar las siguientes hipótesis:

1. Que el funcionario encuentre que se transigió sobre un aspecto que no admite duda probatoria y, a pesar de ello, se desconoció. En tal evento, la actuación procedente es la de rechazar de plano y sin posibilidad de corrección, el acuerdo.
2. Que el funcionario encuentre que el acta no reúne los requisitos sustanciales para dictar resolución de acusación; en este evento se deben distinguir dos situaciones: —Que no esté probada la ocurrencia del hecho, caso en el cual consideramos que se debe rechazar de plano.— Que no esté probada la responsabilidad penal del sindicado, caso en el cual debe devolverse el acuerdo con observaciones para que, si el sindicado lo considera pertinente, aporte la prueba necesaria para proferir condena.
3. Que el funcionario encuentre violación de un derecho fundamental. En este caso, deberá evaluarse el derecho afectado y la posibilidad de transigir sobre el mismo; de dicha valoración el juez concluirá la posibilidad de someter el acuerdo a corrección o si se debe rechazar de plano para que continúe la instrucción.

Tomemos ahora como punto de reflexión las materias susceptibles de acuerdo. La norma dispone que podrá transigirse sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, así como la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor. Debemos precisar varios aspectos que, aun cuando serían claros atendiendo al tenor literal de la disposición, imponen la necesidad de acudir a la hermenéutica con el fin de orientar su correcta aplicación, encontrando sustento además en la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental:

- Cuando se alude a la adecuación típica, debe entenderse que no solo se pueden acordar los elementos del tipo, sino también los dispositivos amplificadores de la tentativa y la coparticipación, así como

otras consecuencias derivadas de la tipicidad, tales como el concurso de hechos punibles y las medidas de aseguramiento.

- Cuando la norma refiere el grado de participación, debe entenderse que además de acordar en sede de tipicidad la forma de participación, también podrá negociarse, si existe duda, la intensidad de la participación, dejando en claro de una vez que no podrá aquí tomarse el grado de participación como criterio para proponer una pena determinada, sino como hecho probado para ser tenido en cuenta por el juez en su decisión.
- Cuando la disposición habla de pena y condena de ejecución condicional, debe entenderse que contiene dos aspectos: 1. La posibilidad de acordar hechos sobre los cuales exista duda probatoria que puedan influir en los criterios de dosimetría penal en donde se incluyen las circunstancias de agravación y atenuación punitiva, el grado de culpabilidad, la personalidad del agente, e incluso probada la antijuridicidad material, podrá evaluarse y acordarse si existe duda, el mayor o menor grado de lesión al bien jurídico en el entendido de que esta siempre debe ser importante para traspasar el campo de los elementos del delito, a las consecuencias de la declaratoria de la responsabilidad penal. Y 2., la rebaja de pena a que haya lugar, la cual podrá variar entre una sexta y una tercera parte, correspondiendo al fiscal y al sindicado como materia de acuerdo, exclusivamente, la posibilidad de sugerir al juez el porcentaje de disminución que habrá de ser tenido en cuenta, pero nunca estableciendo la pena en concreto a imponer. Lo anterior tiene respaldo en la propia Constitución, tal como lo hemos venido sosteniendo, al imponer una separación de funciones básicas de acusación y juzgamiento que imprime autonomía en cuanto a la función, mas no en cuanto a la intervención del fiscal y el juez en una etapa procesal. Para el caso que nos ocupa, es claro que la función de dosificar pena en concreto es de competencia exclusiva del juez. Cosa diferente ocurre respecto de la rebaja material del acuerdo porque allí el fiscal es quien evalúa el mayor o menor grado de desgaste que se le evitó a la administración de justicia en la etapa procesal, la voluntad del sindicado de asegurar una pronta y justa aplicación de la ley, atendiendo al momento en el cual se solicitó el trámite respectivo, y al acervo

probatorio recaudado hasta este momento en la instrucción, respecto de la cual sí le atribuye la Carta esa función como básica e irremplazable.

Creemos también que puede acordarse el factor subjetivo de la condena de ejecución condicional, mas no el objetivo, por cuanto —por las razones atrás expuestas— el fiscal no conoce en este momento cuál será la pena imponible. Solo en eventos en que tomando los máximos de pena legales y hechas las disminuciones del caso se cumpla con el factor objetivo, podrá sujetarse el otorgamiento del subrogado a la aprobación del acuerdo, siendo el factor subjetivo una recomendación que se desprende de la voluntad del sindicado de someterse a las consecuencias de la transgresión. En todo caso quien decide finalmente es el juez.

265

Otro aspecto importante es el relacionado con la imputabilidad. Aquí deben distinguirse dos fenómenos: puede que al momento de cometer el hecho era inimputable pero al solicitar audiencia especial, se encuentra en plena capacidad de comprender el contenido del acuerdo y sus consecuencias. La norma parecería dar a entender que solamente los imputables pueden tener acceso a este trámite si se observa que hace referencia a la forma y grado de culpabilidad y a la pena. Creemos que no debe darse un alcance restrictivo a la disposición y que el inimputable, siempre y cuando tenga capacidad de conocimiento y voluntad al momento de celebrar el acuerdo, puede solicitar audiencia especial: Las razones que soportan dicha afirmación son las siguientes:

- Si bien nuestra Constitución admite una desigualdad atendiendo a las calidades y condiciones de las personas, lo hace para efectos de obligar al Estado a brindarles especial protección para dar cumplimiento a los presupuestos básicos del Estado Social de Derecho, pero así mismo impone el respeto a la igualdad frente al derecho al real y equitativo acceso a la administración de justicia.
- Si se acepta nuestra posición en cuanto a que la norma, al referir la pena como objeto de acuerdo, lo hace no en relación con la imposición de la pena en concreto, sino en las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta por el funcionario al imponer la sanción y a la

rebaja de la misma, puede concluirse que el inimputable podrá acordar su responsabilidad y acordar una rebaja sobre el máximo legal de la sanción por imponer. Así las cosas, aun cuando la duración de la medida de seguridad no puede determinarse en ese momento, sí puede acordarse en sede del principio de legalidad, cuál va a ser el límite máximo de su duración.

d.5. Valor del Acta

266

Tanto en la sentencia anticipada, cuando ella se solicita en la instrucción, como en la audiencia especial, los cargos y su aceptación constan en un acta que se asimila, por disposición legal y con el fin de respetar el principio de congruencia, a la resolución de acusación. El problema radica en la determinación del momento en el cual se considera que adquiere firmeza esa acusación. Creemos que ese momento solo se produce en el momento en el que el juez dicta la sentencia anticipada aprobando el acuerdo o validando la aceptación de los cargos. Esta afirmación reposa en la consideración de que solo hasta ese momento se verifica la presencia de los requisitos sustanciales de la resolución de acusación. Y todo compromiso que se haya producido de allí hacia atrás es susceptible de retractación por parte del sindicado, en atención a la defensa de sus derechos fundamentales, mas no de parte del fiscal, por cuanto allí prima el principio de la seguridad jurídica. Ahora bien: es claro que el juez en el momento en el que recibe el acuerdo no ejerce una función básica de instrucción; simplemente adquiere competencia en virtud de la ley, para ejercer el control de legalidad respectivo y al aprobar el acuerdo dictando sentencia y dosificando la pena, ejercerá su función de juzgamiento.

3.2. Límites en la Constitución Política de 1991

En la Asamblea Constituyente de 1991 se hizo especial énfasis en la necesidad de garantizar la celeridad en la administración de justicia. Es así como el artículo 29 habla del derecho del sindicado a un debido proceso

público y sin dilaciones injustificadas. Así mismo el artículo 228 se refiere a la pronta y cumplida administración de justicia. Y es que precisamente uno de los mecanismos certeros para la celeridad y la economía procesales es la terminación anticipada de los procesos.

De otra parte, es conveniente anotar que el artículo 252 de la Carta aseguró la independencia de las funciones de acusación y juzgamiento. Esta norma, al mencionar las funciones básicas de acusación y juzgamiento, se refiere a la necesidad de acusación y sentencia proferidas por funcionarios diferentes que garanticen la existencia de las dos funciones en forma independiente. Ello no significa que el fiscal no pueda actuar en la etapa del juicio o que el juez no pueda intervenir en la instrucción. Lo que indica es que su actuación siempre debe estar dirigida al ejercicio de su función constitucional. Precisamente uno de los eventos en que la ley ha previsto que el juez actúe en la etapa de instrucción como juzgador y no como instructor es en la sentencia anticipada y en la audiencia especial. En estos eventos no existe formalmente una resolución de acusación. Lo que existe es un agotamiento de las funciones básicas de acusación y juzgamiento, exigiéndose en ambos casos el levantamiento de un acta cuyo contenido sustancial debe ser el de una resolución de acusación.

267

Ajeno a lo anterior, está el problema de la competencia que excepcionalmente es de rango constitucional. La asignación de competencias, así como el momento en el que el funcionario adquiere la misma para conocer de una actuación, es de rango legal. Esto no quiere decir, como se mencionó anteriormente, que el funcionario pueda actuar como director del proceso en una etapa procesal que no le compete, pero sí abre la posibilidad para que ejerza su función constitucional en cualquier etapa procesal sin mengua de las funciones atribuidas a otras autoridades que por demás también son jurisdiccionales. Si aceptáramos una interpretación contraria concluiríamos de manera errónea que el mismo funcionario que instruyó no podría defender su acusación en la etapa de juzgamiento y mucho menos variarla, lo que resultaría contrario a la propia Constitución cuando ordena respetar la función básica de acusación.

También merece especial reconocimiento el contenido del artículo 250 numeral 4 que atribuye como función a la Fiscalía General de la Nación la de

"velar por la protección de víctimas, testigos e intervinientes en el proceso" con lo cual se permite dar plena aplicación al principio de restablecimiento del derecho respecto del perjudicado con el hecho punible. Una oportunidad importante para lograr la protección de los derechos de la víctima es la de la terminación anticipada del proceso porque a este interesa la declaratoria de responsabilidad penal mas no el *quantum* de la pena. Para citar un ejemplo piénsese en los delitos contra el patrimonio económico en los que en muchas ocasiones un proceso puede tornarse interminable en desmedro de los intereses patrimoniales del ofendido. Sin embargo, dentro de los estímulos que generalmente otorgan las legislaciones a los procesados, está el de restar efectos civiles a las sentencias proferidas en forma anticipada, cuestión que no es posible en el caso colombiano, pues no se pueden sacrificar los legítimos intereses de la víctima en el proceso penal.

3.3. El Acto Legislativo 03 de 2002

La reforma constitucional no incluyó disposiciones relacionadas con los acuerdos dirigidos a suprimir el debate del juicio. Por el contrario, estableció como principios que rigen el juicio, la concentración probatoria, la inmediatez, la oralidad y la publicidad.

Lo anterior es importante porque esta cláusula contenida en el artículo 250, interpretada de manera armónica con el artículo 29, según el cual solo se responde por hecho previamente imputado y probado, exige que en todos los casos para poder proferir sentencia condenatoria se requiere prueba sobre la responsabilidad penal, independientemente de si el procesado renuncia al juicio o es vencido en el desarrollo del mismo.

Es decir que en el caso colombiano, a diferencia de lo que ocurre en el norteamericano, no basta con "una base de hechos" creíble para agotar las exigencias constitucionales para proferir condena en contra de una persona, sino que si bien se puede alterar el procedimiento ordinario, en todo caso el juez debe contar con la convicción sobre todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad penal. En consecuencia, el juez cuenta con todas las atribuciones necesarias para cumplir a cabalidad con la función de juzgamiento que le encomienda el artículo 252 de la Constitución Nacional.

3.4. Los Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado y la Aceptación de Responsabilidad en el Nuevo Código de Procedimiento Penal

a. Presupuestos

El primer presupuesto para la procedencia de la sentencia condenatoria sin agotar el debate público es de la prueba sobre la responsabilidad aceptada por el procesado. En consecuencia, si el juez encuentra que no se reúnen los elementos para proferir sentencia condenatoria así lo debe declarar. Debe advertirse que el esquema acusatorio no permite hablar de prueba en el momento de realizar el acuerdo sino de evidencias y material probatorio. Este puede ser exigido por el juez; lo único que difiere del procedimiento ordinario en este sentido, es que el procesado renuncia a controvertir la evidencia presentada por el fiscal. Esto significa que los acuerdos deben hacerse con fundamento en la evidencia recaudada pues este será el parámetro para que el juez compruebe la responsabilidad del sindicado.

269

El segundo presupuesto es la no violación de garantías fundamentales. Lo anterior implica que el juez debe hacer un control de legalidad material y formal de la actuación a fin de verificar la observancia y cumplimiento del debido proceso. El juez debe ser especialmente cuidadoso en verificar que el procesado sea consciente de lo que implica renunciar al derecho a ser vencido en juicio y de que conoce y acepta voluntariamente todas las consecuencias que ello le implica.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que en los casos en que el imputado ha obtenido incremento patrimonial como consecuencia del delito, solo procede el acuerdo o la terminación de proceso anticipada, cuando se reintegre al menos el cincuenta por ciento del mismo y se asegure el recaudo del remanente.

b. Iniciativa

La iniciativa puede provenir del imputado o del fiscal.

No obstante, el código ha desarrollado dos modalidades de terminación anticipada del proceso. Los acuerdos entre procesado y fiscal en los que

si bien la iniciativa puede provenir del primero, se requiere el consenso con el fiscal. El segundo evento es similar a lo que conocemos como sentencia anticipada y para su procedencia basta con que el procesado acepte su responsabilidad penal por los cargos formulados por el fiscal.

1. Acuerdos entre la fiscalía y el acusado.

Se trata de verdaderos casos de negociación entre el fiscal y el procesado en relación con los cargos y sus consecuencias punitivas. En estos casos se realiza un acuerdo que permite la supresión de causales de agravación punitiva, eliminación de cargos, o modificaciones a la adecuación típica que pueden alterar tanto el tipo objetivo como el subjetivo. Se puede en consecuencia variar la forma de participación criminal, la adecuación típica por un delito mas benévolo, degradar el dolo o incluso modificarlo por una imputación culposa.

270

Es importante señalar que existen dos supuestos diferentes. Uno se presenta cuando la prueba arroja resultados de sobreinflación de los cargos por parte del fiscal, en cuyo caso lo que interesa es que el sindicado acepte los cargos que efectivamente se encuentran probados por parte del fiscal. El otro caso se presenta cuando la negociación efectivamente comporta la supresión de cargos o su modificación, pero estos se encuentran efectivamente probados. En este evento estamos en presencia de una nueva causal de aplicación del principio de oportunidad, en la que el control de legalidad lo hará el juez de conocimiento. Se trata de una causal más, desarrollada por el legislador, dirigida a estimular la renuncia al juicio, en aras de lograr una mayor agilidad en el trámite de los procesos. En este caso no se exige que el control de legalidad lo realice el juez de garantías pues el acuerdo no se puede fraccionar; solo se puede examinar su utilidad si se mira como un todo que necesariamente reporta beneficios y desventajas. Además debe aclararse que no es que no exista control de legalidad sino que en este caso la función de control de garantías es ejercida por juez de conocimiento en tanto se confunde con la función de juzgamiento, puesto que existe un verdadero ejercicio de la acción penal, solo que se reconoce la aplicación del principio de oportunidad parcialmente, es decir, respecto de los cargos que se suprimen a cambio de la aceptación de responsabilidad por aquellos contenidos en la transacción.

2. Aceptación de responsabilidad

Se trata de la simple aceptación de responsabilidad de los cargos por parte del imputado o procesado. La aceptación de responsabilidad se puede hacer a partir de la imputación, caso en el cual el referente son los cargos formulados en la audiencia que se formuló. También se puede hacer durante la audiencia preliminar o al inicio del juicio oral. Aquí el presupuesto es la aceptación de los cargos por parte del procesado, es decir, que no existe transacción, razón por la cual no requiere consenso con el fiscal sino que basta con que el procesado lo solicite al juez y este verifique la responsabilidad sobre los cargos aceptados y la no violación de garantías.

Ahora bien, si el juez advierte que no están probados todos los elementos de la imputación, el fiscal puede entrar en negociaciones con el imputado dirigidas a obtener un acuerdo, lo importante es que exista prueba al menos de un delito para que sea válido el acuerdo pues, como vimos, los acuerdos no son para suplir la falta de prueba sino para eliminar cargos probados a cambio de la renuncia al juicio público, a la contradicción.

271

c. Oportunidad

Los acuerdos pueden realizarse a partir de la imputación y hasta antes de presentarse el escrito de acusación. En este caso la rebaja de pena es hasta de la mitad de la pena imponible. Una vez presentado el escrito de acusación se pueden realizar acuerdos hasta que el procesado sea interrogado en el juicio oral. En este evento la rebaja de pena es de una tercera parte.

La aceptación de responsabilidad también puede darse desde la formulación de la imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, caso en el cual la rebaja es la misma que en el evento de los acuerdos que se perfeccionan en esta etapa procesal. Durante el juicio también puede el procesado aceptar su responsabilidad; si lo hace durante la audiencia preparatoria, la rebaja es hasta de la tercera parte de la pena; si lo hace en el juicio oral, al momento de ser interrogado, la rebaja es de una sexta parte de la pena imponible.

d. Facultades del Juez

Tanto en la aceptación de responsabilidad por parte del procesado como en los acuerdos entre imputado y fiscalía, el juez cuenta con las atribuciones necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de la función de juzgamiento. Lo anterior significa que el juez no solo puede sino que debe interrogar al sindicado a fin de comprobar que la aceptación de responsabilidad o de las consecuencias de lo acordado se ha realizado de manera libre y voluntaria. Además, debe verificar que los cargos aceptados se encuentren verdaderamente probados y así lo debe exigir a la Fiscalía para que en caso de duda, presente las pruebas con relación a la imputación fáctica.

CAPÍTULO III. CONCLUSIONES

1. Los procedimientos de terminación anticipada deben asegurar la existencia de proceso penal entendido en su contenido material y no simplemente formal. Dicho contenido impone la necesidad de examinar la congruencia de los procedimientos con el esquema procesal adoptado, el cual, aun siendo de creación legal, no puede ser desnaturalizado por los procedimientos especiales, pues su finalidad es la aceleración del rito y no la exclusión del proceso.
2. La concepción actual del proceso penal impone la necesidad de asegurar la presencia, al menos, de los elementos esenciales del esquema acusatorio, a saber: la vigencia del principio acusatorio entendido como garantía de defensa del imputado ante una imputación concreta respecto de los hechos y determinada respecto del sujeto previa a la existencia del proceso; la existencia de una etapa de investigación y una de juzgamiento en donde se asegure la independencia de las dos funciones asignadas a titulares diferentes; el juzgamiento o proceso material debe garantizar la posición igualitaria y equidistante de las partes que permita la asunción de la prueba en un efectivo contradictorio; y la actuación del juez como director de la función de juzgamiento ajeno a la relación procesal y en consecuencia sin contacto previo alguno con el material que formará la prueba en el contradictorio, en donde su actividad respecto de la prueba es de simple constatación.
3. Es válida la intervención del principio dispositivo dentro del proceso penal en la medida que no afecte los requisitos que aseguran la existencia de proceso y su finalidad de acercamiento a la verdad, al menos donde resulte notoria la prevalencia del interés público tutelado por la norma penal sustancial. Una de dichas manifestaciones la constituyen los procedimientos de terminación anticipada del proceso por consenso.
4. Solo es posible dar trámite a un procedimiento especial una vez conocida la imputación en forma concreta y determinada de tal manera que se respete el principio acusatorio. De allí que no sea posible acumular con posterioridad nuevos cargos o vincular nuevas personas al mismo

proceso. Los eventos de supresión de cargos o no conformidad de otros imputados con el procedimiento especial deben ser solucionados por la vía de la ruptura de la unidad procesal.

5. Sea que el principio de obligatoriedad de ejercicio de la acción penal sea reconocido con independencia del principio de legalidad o sea que se deduzca su imperativa vigencia como corolario del mismo, en aquellos regímenes de tradición romano-germánica, la consagración de procedimientos especiales en dichos sistemas debe asegurar el ejercicio de la acción penal y la existencia de proceso penal.

274

Por ello la facultad del fiscal respecto del acuerdo se reduce a la posibilidad de concretar los cargos que forman la acusación, estando obligado a mantener los que resulten debidamente probados y acordando además de la opción por el rito abreviado la renuncia a la potencial actividad investigativa por desarrollar con posterioridad a dicho ejercicio. Los casos en los cuales se acuerde la supresión de un cargo deben fundamentarse en el principio de oportunidad.

6. Cualquier procedimiento especial que permita imponer condena se entiende como una declaratoria de responsabilidad penal, no siendo posible, en consecuencia, imponer sentencia que no respete el debido proceso, independientemente de la naturaleza o cantidad de la pena impuesta.
7. Siendo los procedimientos especiales manifestación del principio dispositivo dentro del proceso penal y siendo su finalidad de economía procesal en cuanto sea compatible con la finalidad del proceso mismo y con los principios de legalidad e igualdad, no existen razones jurídicas para excluir o limitar el ámbito de aplicación de los mismos a una determinada clase de hechos punibles.
8. Ningún procedimiento especial puede limitar la función de juzgamiento. Las facultades del juez respecto de la declaratoria de responsabilidad penal o de la consecuencia punitiva derivada de la misma no acepta límites impuestos ni por la ley ni por el acuerdo.

9. El examen de la acusación contenida en el acuerdo debe realizarse en audiencia pública garantizando la oralidad e inmediación. Es posible entonces declarar incluso la absolución cuando se encuentre la improseguibilidad debidamente probada, siendo objeto de contradicción dentro de la misma audiencia.
10. La dosificación de los incentivos punitivos debe obedecer a criterios de proporcionalidad teniendo en cuenta la finalidad de los procedimientos y la contundencia de la aceptación de la responsabilidad como complemento probatorio.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, TERESA. *Mecanismos de simplificación del proceso penal: El proceso penal y los procesos monitorios*. In: *Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina*, Padova, Cedam, 1994.
- BARONA VILAR, SILVIA. *La Conformidad en el Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- BAZZANI MONTOYA, DARÍO, *Bases para la Discusión del Nuevo Sistema Procesal Penal Colombiano*". II Foro sobre la Justicia en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Febrero de 2003.
- ————. *La Reforma al Sistema Penal*. Coautor. Bogotá. Ed. Procuraduría General de la Nación, 1999.
- ————. *Estado actual de la justicia colombiana: Reforma al procedimiento penal: Sistema acusatorio. Estructura del Proceso en el nuevo código de procedimiento penal*. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Volumen XXIV . No. 74.
- ————. *Un Sistema Acusatorio para Colombia. Apuntes para la discusión en torno a la desjudicialización de la Fiscalía General de la Nación*. En *Justicia y Desarrollo. Debates*. Corporación Excelencia en la Justicia. Año IV No. 16. Junio de 2001.
- ————. *Garantías Procesales en la Constitución Política, los Tratados Públicos y desarrollo en la Legislación*. *Revista de Derecho Penal y Criminología* No. 64. Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME EDUARDO. Y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BERTOLINO, PEDRO J. *El funcionamiento del derecho procesal penal*. Buenos Aires, Depalma, 1985.

- BOSCHI, MARCO. *Sentenza di condanna atipica per l'applicazione de pena patteggiata*. In: *La giustizia penale*. Roma, 1990, anno 95 (31 della 7a serie), fasc. 11.
- BRICCETTI, RENATO. *L'udienza preliminare e riti alternativi nel nuovo processo penale*. Milano, Pirola, 1993.
- BRINDEIRO, GERALDO. *O Combate a Corrupcao e a Criminalidade no Brasil: Cruzadas e Reformas*. En *Revista de Informacao Legislativa*, Anno 30, No 118.
- CAROFOLI, VICENZO. *L'introduzione della prova testimoniale nel giudizio direttissimo di oggi e di domani*. In: *Rivista di diritto e procedura penale*. Milano, 1989, anno 32, N.S., fasc. 1.
- CHIESA APONTE ERNESTO, *Derecho procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, volúmenes I, II y III, Forum, 1991.
- CHILIBERTI, ALFONSO. *Manuale pratico dei procedimenti speciali*. Milano, Giuffrè, 1994.
- CONSO, GIOVANNI, ed altri. *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 1994.
- ————. *I nuovi riti differenziati tra "procedimento" e "processo"*. In: *La giustizia penale*. Roma, 1990, anno 95 (31 della 7a serie), fasc. 4.
- ————. *La giustizia costituzionale nel 1990 in relazione al nuovo processo penale*. In: *Il diritto dell'economia*. Milano, 1990, No. 3.
- CONVEGNO IN MEMORIA DI MICHELE DE PIETRO. *Verso una nuova giustizia penale. Centro studi giuridici Michele de Pietro*, Lecce, Milano, Giuffrè, 1989.
- CONVEGNO SUL TEMA : *Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive*. Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1993. Atti dei Convegni dei Lincei, 103.

- CONVEGNO SUL TEMA: *Le nuove disposizioni sul processo penale*. Atti del Convegno. Padova, Cedam, 1989.
- ————. *Profili del nuovo processo penale*. Padova, Cedam, 1988.
- ————. *I riti differenziati nel nuovo processo penale*. Atti del Convegno presso l'Università di Salerno. Milano, Giuffrè, 1990.
- CORDERO, FRANCO. *Procedura penale*. Milano, Giuffrè, 1995.
- DALIA, ANREA ANTONIO. *I procedimenti speciali*. Napoli, Jovene, 1989.
- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, C.E.R.A., 1995.
- DI CHIARA, GIUSEPPE. *Considerazioni in tema di rito abbreviato, finalità del processo e tecniche di giudizio*. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, 1989, anno 32, N.S., fasc. 2.
- DI FEDERICO, GIUSEPPE. *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*. In: *La giustizia penale*, 1991, parte III.
- DOLCINI, EMILIO. *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?* In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano 1990, N.S., anno 33, fasc. 3.
- FAZZALARI, ELIO. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova, Cedam, 1986.
- FERNÁNDEZ LEON, WHANDA, *Fiscalía Juez y Parte*. Librería del Profesional, 1996.
- GAITO, ALFREDO e altri. *Questioni nuove di procedura penale*. Padova, Cedam, 1989.

- GALLO, ETTORE. *Sistema sanzionatorio e nuovo processo*. In: *La giustizia penale*. Roma, 1989, anno 94 (30 della 7a serie), fasc. 11.
- GAMBINI, ROSANNA. Il "plea bargaining" negli USA: Più inconvenienti che vantaggi. In: *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1982.
- GIARDA, ANGELO. *Riforma della procedura riforme del processo penale*. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, 1989, N.S., anno 32, fasc. 4.
- LAVARINI, BARBARA. *La definibilità del processo allo stato degli atti nel giudizio abbreviato*. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, 1994, anno 37, N.S., fasc. 2.
- LOZZI, GILBERTO. *Riflessioni sul nuovo processo penale*. 2a ed. Torino, Giappeeichelli, 1992.
- ———. *La applicazione della pena su richiesta delle parti*. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, 1989, anno 32, N.S., fasc. 1.
- MACCHIA, ALBERTO. *Il patteggiamento*. Milano, Giuffrè, 1992.
- ———. *Giudizio direttissimo e giudizio immediato*. In: *La giustizia penale*. Roma, 1990, anno 94 (31 della 7a serie), fasc. 6.
- MAIER, JULIO. *Mecanismos de simplificación del proceso penal*. In: *Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina*. Padova, Cedam, 1994.
- MARAFIOTI, LUCA. *L'archiviazione. Tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione ed opportunità "di fatto"*. In: *Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina*. Padova, Cedam, 1994.
- MASSA, CARLO. *Il principio dispositivo nel processo penale*. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1961, Anno IV.

- MASSA, MICHELE. *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, Giuffrè, 1976.
- ————. *Prova e giudizio. In: Un Codice Tipo per l'America Latina*, Padova, Cedam, 1994.
- MASSA, STEFANO. *Giudizio abbreviato e "summary" inglese. In: La giustizia penale*. Roma, 1990, anno 94 (31 de la 7a serie), fasc. 3.
- NOBILI, MASSIMO. *La nuova procedura penale*. Bologna, Clueb, 1989.
- GOGLIA, LUIGI. *I procedimenti speciali nel nuovo codice di procedura penale*. Benevento, Ricolo, 1990.
- PADOVANI, TULLIO. *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale. In: Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, 1989, N.S., anno 32, fasc. 3.
- PALUMBO, ANIELLO. *Considerazioni sul giudizio abbreviato dopo la sentenza costituzionale No. 401/ 1991. In: La giustizia penale*. Roma, 1992, anno 97, (33 della 7a serie) fasc. 3.
- PAOLOZZI, GIOVANNI. *I procedimenti speciali. In: La giustizia penale*. Roma, 1989, anno 94 (30 della 7a serie) fasc. 4.
- ————. *Il giudizio abbreviato nel passaggio dal modello "tipo" al modello pretorile*. Padova, Cedam, 1994.
- ————. *Maggiore semplificazione processuale nel Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina. In: Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina. Incontro preparatorio*, Roma, CNR, 1990.
- PELLEGRINI GRINOVER, ADA. *Lineamenti generali del nuovo processo penale nell'America Latina: Argentina, Brasile e codice modello per l'America Latina. In: Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina. Incontro preparatorio*, Roma, CNR, 1990.

- PLOTINO, FRANCESCO. *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale. Il giudizio abbreviato*. Milano, Giuffrè, 1991.
- RAMAJOLI, SERGIO. *I procedimenti speciali nel codice di procedura penale*. Padova, Cedam, 1993.
- SANTIAPICHI, SEVERINO. *I giudizi semplificati*. Padova, Cedam, 1989.
- STEFANI, ERALDO. *La difesa attiva nel giudizio abbreviato e nel patteggiamento. I riti alternativi sotto il profilo pratico-operativo*. Milano, Giuffrè, 1994.
- 282 - TAONINI, PAOLO. *I procedimenti semplificati secondo il progetto preliminare*. In: *La giustizia penale*. Roma, 1988, anno 93 (2 della 7a serie), fasc. 8-9.
- TAORMINA, CARLO. *Premessa per una rimeditazione sugli obiettivi di una strategia processuale differenziata*. In: *La giustizia penale*. Roma, 1995, anno 100 (36 della 7a serie), fasc. 1.
- TAORMINA, CARLO. *Diritto processuale penale*. Torino, Giappichelli, 1995.
- VADILLO RUIZ, ENRIQUE. *El principio de oportunidad reglada. En: La reforma del proceso penal "II Congreso de Derecho Procesal de Castilla-León"*. Madrid, Sec. Gen. Tec. Min. Jus., 1989.
- VASCONCELOS, CARLOS EDUARDO. *Prassi informali e obligatorietà dell'azione penale in Brasile*. In: *Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina*. Padova, Cedam, 1994.

PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN

José Joaquín Urbano Martínez¹

INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo se hace una aproximación al tratamiento de la prueba ilícita en el nuevo sistema procesal penal colombiano. No se trata de una exploración doctrinaria sobre un tema en torno al cual la producción bibliográfica es muy abundante, sino de una investigación que se orienta a identificar los problemas más relevantes en el manejo actual de la prueba ilícita en el sistema jurídico nacional y a determinar la incidencia que la nueva normatividad penal tiene en esos problemas. Por este motivo, en lugar de analizar directamente los desarrollos que de este tema se hacen en ese sistema normativo, en primer lugar se determina cuál es el régimen constitucional, legal y jurisprudencial vigente en este momento y luego, con ese marco de comparación, se estudia el régimen de la prueba ilícita en el sistema procesal que entrará a regir próximamente. Esta metodología permite contextualizar los desarrollos de ese tema y, además, suministra elementos de juicio a aquellos funcionarios que, en virtud de una disposición constitucional transitoria y controvertida, seguirán aplicando la Ley 600 de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2007.

283

En esa dirección, con este ensayo se pretende suministrar algunos elementos de juicio necesarios para:

(i) facilitar la comprensión de la relación que existe entre el modelo de Estado, el proceso penal y el manejo que se hace de la prueba ilícita y la regla de exclusión en un contexto determinado;

¹ Abogado de la Universidad de Nariño. Especialista y Magíster en derecho penal de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido profesor de las Universidades Nacional, Rosario y Santo Tomás. Se ha desempeñado como juez y Fiscal Delegado ante Tribunal Superior. Fue asesor de la Comisión Redactora para la Reforma al Sistema Penal, 1999-2000. Autor de varias obras especializadas. Actualmente se desempeña como Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional y profesor de la Universidad Externado de Colombia.

(ii) comprender la evolución que en el manejo de este tema se ha presentado en el régimen constitucional, legal y jurisprudencial colombiano y los problemas planteados con ocasión de ese manejo;

(iii) entender las sustanciales modificaciones que en torno a esta temática han surgido con ocasión de la implementación constitucional y el desarrollo legal del nuevo sistema procesal y la incidencia de este nuevo sistema en los problemas detectados, y

(iv) identificar las situaciones problemáticas planteadas por ese nuevo régimen y las posibles alternativas de solución.

284

En búsqueda de ese propósito se sigue la siguiente secuencia:

(i) se contextualiza el tema de la prueba ilícita en los modelos estatales y se hace una breve referencia al concepto de esa institución;

(ii) se determina el régimen de la prueba ilícita en la Constitución de 1886, en el último Código de Procedimiento Penal expedido durante su vigencia y en los desarrollos jurisprudenciales que se hicieron de tal normatividad;

(iii) se determina el régimen de la prueba ilícita en la Constitución de 1991, en los desarrollos que de ese régimen se hicieron en el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 y en las construcciones jurisprudenciales que, con base en tales disposiciones, hicieron tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia;

(iv) se identifican los problemas que surgieron en razón de tal régimen y se proponen alternativas de solución para tales problemas, y

(v) se determina el régimen de la prueba ilícita a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y de los desarrollos realizados por la Ley 906 de 2004 y se identifican los puntos sustanciales de variación entre esos dos regímenes.

Sobre el final se proponen unos talleres con los que se busca que los discentes, frente a los casos planteados, apliquen la regla de exclusión de la prueba ilícita, que lo hagan percatándose de las diferencias existentes entre el

régimen vigente y el que entrará a regir próximamente y que asuman una postura propia y debidamente fundamentada frente a las insuficiencias advertidas en su regulación legal y desarrollo jurisprudencial.

Finalmente, hay que indicar que con esta investigación se pretende hacer un pequeño aporte con miras a la adecuada comprensión y aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita como institución nuclear del nuevo proceso penal colombiano. Y tal pretensión se alienta en el entendido que la validez de una sentencia condenatoria basada en pruebas ilícitas, o también en pruebas lícitas e ilícitas, deslegitima el sistema penal, socava los derechos fundamentales como fundamento y límite de los poderes públicos de la democracia constitucional colombiana y contraría la garantía social de razonabilidad en la práctica de la prueba que es inherente a una sociedad democrática.

CAPÍTULO I - FUNDAMENTOS Y NOCIÓN

A. Prueba ilícita y modelo de Estado

En pocos ámbitos del derecho se refleja con tanta claridad la concepción autoritaria o democrática del poder político dentro de un Estado como en el del proceso penal y el régimen probatorio que de él hace parte.

286 En un modelo autoritario la persona humana es un medio para la realización de otros fines estatales o sociales y como tal puede instrumentalizarse en procura de tales fines. De allí que en el proceso la consecución de la verdad, como presupuesto para la realización de la justicia, constituya un fin que se puede conseguir a cualquier precio, incluida la cosificación del ser humano. Este no es más que una materia moldeable en manos del poder. Por el contrario, en un modelo democrático la persona humana rescata su valía, se impone como un fin en sí misma y es en procura de ella, de su dignidad y de sus derechos fundamentales, que la sociedad y el Estado se instrumentalizan. En un tal contexto, la búsqueda de la verdad histórica dentro de un proceso, si bien sigue siendo el presupuesto para la emisión de una decisión justa, ya no es algo que se puede conseguir a cualquier precio, pues en su búsqueda se deben respetar unas barreras que al poder político le resultan infranqueables.

Entonces, el proceso penal y su régimen probatorio guardan correspondencia con el modelo de Estado vigente en una sociedad determinada. De allí que el movimiento pendular entre el poder y la libertad de que da cuenta la historia se refleje en el proceso penal y se traduzca en la lucha por racionalizar el sistema de persecución del delito y de imposición de la pena. Por ello, no es gratuito que durante mucho tiempo el ser humano haya trasladado a la divinidad la demostración de la inocencia o la responsabilidad del procesado y que ella quedara relegada a las ordalías y a los juicios de Dios, pues esta forma de resolver el debate probatorio era compatible con la explicación divina del poder político, con la aptitud de la divinidad para evidenciar la verdad más allá de la limitada capacidad del ser humano y para interceder a favor del inocente. De igual manera, es comprensible que en el medioevo la justicia se haya concebido como un valor absoluto y que no se haya dudado en concebir al procesado como un instrumento suscep-

tible de sacrificarse en procura de las altas finalidades estatales, sociales y religiosas que daban sentido a la existencia del ser humano. Así mismo, es entendible que a partir del momento en que la capacidad legitimadora del poder político se transfiere al derecho; el delito, el proceso y la pena se sujeten al principio de legalidad y que la práctica y valoración de la prueba se rijan por estrictos parámetros normativos pues el poder del Estado se legitimaba por el valor omnímodo del principio de legalidad y por la restricción de la función jurisdiccional. Y, por último, es también comprensible que en el Estado constitucional de derecho la legitimidad de la prueba pase por el respeto de los derechos fundamentales del procesado y por el cumplimiento de la demanda social de razonabilidad en la práctica probatoria, pues en el mundo de hoy es el respeto de la persona humana lo que legitima el poder político y su sistema de justicia, incluido el proceso penal.

287

En ese curso evolutivo, es claro que a partir de la sujeción del poder a la capacidad legitimadora del derecho, al menos en principio, se logró desalojar las prácticas deshumanizantes del proceso penal y de su régimen probatorio. De allí que hoy, por ejemplo, en ningún país civilizado la tortura constituya un medio legítimo para propiciar la confesión del procesado con base en la cual se ha de proferir la condena.

Con todo, lo expuesto no indica que esa tensión entre el poder y la libertad haya desaparecido del sistema jurídico pues ella, a lo largo de la historia, siempre se reformula, aunque, desde luego, en espacios y condiciones diferentes. Para percatarse de ello, basta advertir que no es poco frecuente que el Estado, sin desconocer que el régimen probatorio está sujeto a la Constitución y a la ley, no resista la tentación de practicar pruebas con vulneración de los derechos fundamentales del procesado y con desconocimiento de la exigencia de razonabilidad inherente al debate probatorio y que esas pruebas, de una manera u otra, tengan incidencia en las decisiones judiciales. Esto indica que en el mundo de hoy, uno de los espacios a los que se ha trasladado la tensión entre el autoritarismo y la democracia es el de la prueba ilícita en el proceso penal. De allí que, entre más autoritario se tome un sistema político, mayor sea la tentación de concebir un régimen laxo de la regla de exclusión de la prueba ilícita y, en sentido contrario, entre mayor sea su vocación democrática, más esfuerzos se hagan para instaurar un régimen riguroso de tal regla de exclusión.

Esta correspondencia existente entre el sistema procesal penal y el modelo autoritario o democrático propio de un Estado debe tenerse muy presente cuando se trata de plantear una reflexión sobre el régimen de exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal colombiano, pues permite comprender que tal régimen se ha impuesto no como una concesión graciosa del constituyente constituido colombiano sino como una necesaria consecuencia de la sujeción del Estado y, por tanto, del sistema penal, a los derechos fundamentales como parámetros de legitimidad del poder político en las democracias constitucionales y a las demandas sociales de razonabilidad en la práctica de la prueba.

B. Noción de prueba ilícita

288

La práctica probatoria hace parte del régimen procesal y como tal se encuentra sometida a límites normativos. Es decir, sobre ella se irradia el efecto del derecho como alternativa de vida civilizada, bien sea desde la Constitución, incluido el bloque de constitucionalidad, o desde la ley. No obstante, la práctica probatoria no siempre se sujeta a los fundamentos y límites impuestos por el ordenamiento jurídico y surgen entonces los problemas planteados por las irregularidades cometidas en la obtención, proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba.

Estas irregularidades no revisten siempre la misma gravedad y de allí por qué la doctrina distingue entre prueba ilícita, por una parte, y prueba irregular, por otra. Por prueba ilícita, aludida también con otras múltiples denominaciones², se entiende aquella que es contraria a la dignidad humana, o que vulnera derechos fundamentales o que interfiere preceptos constitucionales y por prueba irregular se entiende aquella prueba que vulnera otras normas jurídicas.

En nuestro sistema jurídico, el Artículo 29 de la Carta Política dispone que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido

² Las denominaciones que con más frecuencia se utilizan son prueba ilícita, prueba prohibida, prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular y prueba clandestina. Manuel Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch, 1999; Marcelo Sebastián Midón, *Pruebas Ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

proceso. Es decir, en principio, prueba nula de pleno derecho sería aquella obtenida con vulneración de ese derecho fundamental. Sin embargo, luego de una larga evolución jurisprudencial, como luego se verá, por prueba ilícita se entendió aquella obtenida con violación de derechos fundamentales o con desconocimiento de las formalidades esenciales previstas en la ley y por prueba irregular aquella que desconoce otras regulaciones de la prueba. La importancia de esta distinción radica en que la regla de exclusión fijada por el constituyente, opera respecto de aquella y no de esta.

Son frecuentes las clasificaciones de la prueba ilícita. Así, se habla de pruebas ilícitas extraprocesales y procesales, si se tiene en cuenta el momento en que se produce la ilicitud; prohibidas, irregulares o inconstitucionales, si se considera la causa de la ilicitud o pruebas ilícitas materiales o personales, si se trata de elementos materiales probatorios o si proviene de las personas a través de sus manifestaciones. Una diferenciación que debe tenerse muy presente, dadas sus implicaciones, es la existente entre prueba ilícita principal y prueba ilícita derivada. La primera es aquella que está afectada en su origen, de manera directa e inmediata, por la vulneración de derechos y garantías fundamentales o por el desconocimiento de las formalidades esenciales previstas en la ley y la segunda es aquella que, si bien fue obtenida de manera regular, sí tiene como fuente a aquella. La solución por la que se opta en este punto varía de acuerdo con el sistema jurídico de que se trate pero entre nosotros, primero la jurisprudencia y luego la ley, han optado por extender la regla de exclusión a la prueba ilícita derivada, salvo que concurran situaciones específicas frente a las cuales se afirman su existencia y validez.

CAPÍTULO II - RÉGIMEN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886

A. Régimen constitucional

290

La Constitución Política de 1886 consagraba un Estado confesionalista (Preámbulo, artículos 53 y 54), con un régimen de derechos civiles sin valor normativo (Artículo 52)³, sin reserva judicial de las libertades públicas dado que las autoridades administrativas también tenían facultades para restringir derechos fundamentales (Artículos 23, 28 y 38), en el que eran posibles algunos supuestos de castigo sin juicio previo (Artículo 27) y con un ejecutivo que podía restringir tales libertades tanto en el régimen constitucional ordinario como en el régimen constitucional de excepción —en este caso con mayor intensidad y duración indefinida— (Artículos 28⁴ y 121).

En un tal régimen era comprensible que las únicas referencias a la prueba se hicieran en la exoneración del deber de declarar (Artículo 25), al momento de regular la retención por motivos de orden público para reconocer valor probatorio a la actuación adelantada por la administración (Artículo 28) y al momento de exigir orden de autoridad competente, no necesariamente judicial, para limitar el derecho a la inviolabilidad de correspondencia (Artículo 38). De igual manera, era comprensible que no se hubiera consagrado de manera expresa la regla de exclusión de la prueba ilícita y que su tratamiento hubiese quedado comprendido, aunque con un manejo muy restrictivo, en la plenitud de las formas propias de cada juicio como contenido del debido proceso pues, como se sabe, el modelo de Estado en él consagrado no estaba afianzado sobre el reconocimiento de la dignidad y de los derechos fundamentales como parámetros de legitimidad del Estado. Por lo tanto, no existían

³ Constitución Política de 1886. Artículo 52. Las disposiciones del presente título (Título III. De los derechos civiles y las garantías sociales) se incorporarán en el Código Civil como título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución.

⁴ Es muy significativo que la detención administrativa por razones de orden público consagrada por este artículo, no fuera susceptible de control judicial pues contra ella no procedía el hábeas corpus (Decreto 1358 de 1964, artículo 68).

argumentos para llevar a la Constitución una regla expresa que ligara la existencia y validez de las pruebas al respeto de tales parámetros⁵.

⁵ No obstante lo expuesto, se debe reconocer que el repaso del sistema procesal penal vigente en Colombia en vigencia de la Constitución Política de 1886 causa perplejidad. Esto por cuanto en esa Carta se advertían fundamentos para un desarrollo del sistema acusatorio. En efecto: en ese texto se reguló el sistema procesal aplicable en el juzgamiento de los altos funcionarios estatales y se concibió de tal manera que el ministerio público era ejercido bajo la suprema dirección del gobierno (Artículo 142), el Procurador General de la Nación tenía a cargo la acusación de tales funcionarios ante la Corte Suprema de Justicia (Artículo 145.2) y, además, el gobierno, como facultad constitucional propia, podía "mandar acusar ante el tribunal competente, por medio del respectivo agente del ministerio público, o de un abogado fiscal nombrado al efecto, a los gobernadores de departamento y a cualesquiera otros funcionarios nacionales o municipales del orden administrativo o judicial, o por infracción de la Constitución o las leyes, o por otros delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.". (Artículo 119.3). De acuerdo con esto, en la Constitución de 1886 existían las bases constitucionales para la implementación de un sistema acusatorio en el que la investigación y la acusación estuvieran a cargo del ministerio público como dependencia administrativa y en el que el juzgamiento estuviera a cargo de los jueces y tribunales pues nada se oponía a que el régimen procesal previsto para los altos funcionarios estatales se extendiera, en su estructura básica, a los distintos procedimientos. Mucho más si esa Carta, al prever que "la ley podrá instituir jurados por causas criminales" (Artículo 164), había admitido también una institución clásica del sistema acusatorio. No obstante, los desarrollos legales del proceso penal colombiano, quizá como consecuencia de la falta de valor normativo de la Constitución, anduvieron por un sendero completamente diferente ya que siempre se inclinaron, por lo menos hasta 1987, por un sistema inquisitivo puro que, curiosamente, por lo menos para delitos más graves, funcionó con jurado de conciencia. Esta contrariedad evidencia que en la Constitución Política de 1886, no obstante su perfil autoritario, sí existían fundamentos para concebir un sistema procesal de estructura acusatoria pero que, lejos de ello, el legislador, desconociendo la estructura básica de acusación y juzgamiento prevista en la Carta para los procesos contra altos funcionarios estatales, forjó un sistema procesal con una estructura propia y de corte marcadamente inquisitivo. Esto evidencia la tensión existente en esa época entre una Constitución forjada con base en el ideal revolucionario norteamericano y francés de fines del siglo XVIII y un sistema legal formalista, escrito y reservado heredado del apego español por la inquisición. Además, eran los tiempos en que los Textos Superiores no tenían carácter vinculante y en los que la legitimidad del poder público pasaba por el reconocimiento de la soberanía del legislador o, entre nosotros, del ejecutivo-legislador. De todas maneras, queda para la reflexión establecer si, ante la concentración de poderes en el ejecutivo propia de ese régimen constitucional y que llevó incluso a hablar de la vigencia de una dictadura constitucional, fue conveniente no radicar también en él las funciones de investigación y acusación penal. Pero no hay que olvidar que el precio que se pagó con esa decisión fue bastante alto: La concepción de un sistema procesal penal con concentración de las funciones básicas de investigación, acusación y juzgamiento; es decir, con evidentes restricciones de las garantías procesales y, por tanto, claramente autoritario. Finalmente, es de advertir que la evolución de la estructura básica de acusación y juzgamiento en el derecho colombiano evidencia también una paradoja adicional: En vigencia de la Constitución de 1886 rigió, como regla general, un proceso penal netamente inquisitivo y por excepción un proceso acusatorio cuando se trataba de altos funcionarios estatales. En vigencia de la Constitución de 1991, en cambio, rige, como regla general, un proceso penal de tendencia acusatoria —mucho más a partir del Acto Legislativo 03 de 2002— pero para la investigación y juzgamiento de los congresistas se mantiene un sistema totalmente inquisitivo pues la Corte Suprema de Justicia adelanta tales procesos en su integridad.

B. Desarrollo legal: Régimen de la prueba ilícita en el Código de Procedimiento Penal de 1987

En ese marco, es entendible que la prueba ilícita no haya sido objeto de regulación expresa en el estatuto de procedimiento penal de 1987. En el Decreto 050 de ese año se consagraba una regla general de acuerdo con la cual *"toda decisión judicial debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso"*—artículo 246—, regla general que aparecía luego reiterada cuando se consagraban los requisitos sustanciales de la medida de aseguramiento, pero no cuando se fijaban los presupuestos materiales de la resolución de acusación y de la sentencia condenatoria (artículos 414, 470 y 247).

292

Como no existía una referencia expresa a la prueba ilícita, podía asumirse que su tratamiento estaba recogido en esa disposición y en otras como el artículo 1º, al consagrar el principio del debido proceso y exigir la sujeción de la actuación a la plenitud de las formas propias de cada proceso; el artículo 2º, que reconocía el principio de dignidad humana en el proceso penal; el artículo 147, que permitía la utilización de medios técnicos o electrónicos siempre que no atenten contra la dignidad humana, y el artículo 252, que disponía que ninguna prueba puede ser apreciada sin auto que la ordene o admita. Curiosamente, la validez constitucional de la prueba sí se aludía expresamente cuando se regulaban las diligencias solicitadas por autoridad extranjera, pues entonces se indicaba que no se autorizará la práctica de las pruebas que contraríen la Constitución y la ley colombiana o los principios y garantías constitucionales y legales. (Artículos 644 y 645).

Y si se examinaban las consecuencias de la violación del principio de legalidad de la prueba, ante la inexistencia de una regla expresa de exclusión, ellas debían enmarcarse en aquellas disposiciones que consagraban la inexistencia de las diligencias practicadas con el procesado y sin su defensor; la nulidad de lo actuado por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso; la inexistencia de los actos procesales por la inobservancia de las formalidades esenciales para su validez; el control de legalidad de la actuación que practicaba el juez de conocimiento sobre la actuación cumplida por el juez de instrucción y el recurso extraordinario de casación por violación indirecta de una norma sustancial. (Artículos 165, 305.2, 310, 486 y 226).

A este ámbito quedaban relegados los efectos de la inobservancia de formalidades necesarias para la práctica de la prueba como la imposición de la exoneración del deber de declarar, la prohibición para el juez de sugerir respuestas, preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo o los requisitos fijados para la realización de allanamientos, retención de correspondencia e interceptación de comunicaciones. No obstante, específicamente no estaban previstos los efectos de la vulneración de derechos fundamentales en la práctica de la prueba.

C. Desarrollo jurisprudencial

En la jurisprudencia de esta época no se advierten mayores referencias a la prueba ilícita y en algunos casos ella convalidó pruebas recaudadas con desconocimiento del principio de legalidad de la prueba. (Por ejemplo, sentencia del 9 de septiembre de 1981). Entre otros, deben destacarse dos pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

293

El primero de ellos, de 16 de marzo de 1988, en el que se admitió la licitud de una grabación realizada por la víctima de un delito. Se estimó que la protección constitucional del derecho a la intimidad operaba respecto de terceros ajenos a una conversación pero no respecto de quienes en ella intervenían y por ello estos estaban legitimados para registrar su contenido. De allí que la víctima se hallare legitimada para preconstituir, mediante la interceptación de comunicaciones, por ejemplo, la prueba del delito de que era víctima. Esta línea jurisprudencial se encuentra vigente aún hoy.

El segundo pronunciamiento por destacar es un salvamento de voto a la sentencia del 27 de abril de 1988 en la que no se casó una sentencia acusada de violación indirecta de normas sustanciales por apreciación de pruebas ilegales. En el salvamento se hace referencia a la realización de una diligencia de allanamiento sin orden de autoridad judicial, en el curso de la cual se decomisaron armas y sustancias estupefacientes, y a la evidencia procesal que existía en cuanto a las torturas a que habían sido sometidos varios procesados. Sobre el particular, el magistrado disidente⁶ afirmó que la garantía constitucional del domicilio impide los allanamientos sin previa orden de autoridad judicial y

⁶ Édgar Saavedra Rojas.

que el alcance de la flagrancia debía determinarse teniendo en cuenta la garantía de la libertad individual dispuesta por la Carta. Por ello cuestionó a los jueces que, no obstante reconocer la ilegalidad de esas diligencias, terminaron validando la evidencia delictiva recaudada en ellas y concluyó: *Lo lógico entonces es que la prueba ilegalmente obtenida no puede tener consecuencia probatoria de ninguna naturaleza y lo así obtenido debe ser considerado como inexistente.*

D. Conclusión

Como puede advertirse, ni en la Constitución Política de 1886 ni en el Código de Procedimiento Penal de 1987 se consagraban de manera expresa la prueba ilícita y la regla de exclusión y por ello la prueba practicada con violación de los derechos fundamentales y con desconocimiento de la garantía social de razonabilidad en la práctica probatoria se regía por el régimen de la prueba aducida con violación del régimen legal. Y para la determinación de las consecuencias de la vulneración de tal principio debía acudir a las normas relativas a la inexistencia de actos procesales, a la nulidad, al control de legalidad y finalmente, al recurso extraordinario de casación. No obstante, el ámbito de aplicación de estos mecanismos era muy restringido y, por lo mismo, no era idóneo para derivar todas las consecuencias inherentes a la regla de exclusión de la prueba ilícita.

CAPÍTULO III - RÉGIMEN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

A. Régimen constitucional

Como se sabe, la Constitución Política de 1991 no se impuso por un acto autoritario de poder. Fue fruto de un consenso nacional orientado a solucionar la crisis por la que atravesaba el Estado colombiano a finales de la década del 80 y comienzos de los 90 y a promover un nuevo tipo de relaciones entre los poderes constituidos y el pueblo colombiano. Fuerzas políticas de todos los matices tuvieron asiento en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Ello explica que la Carta Política que se expidió sea pluralista, participativa, no confesionalista; que se la haya dotado de fuerza normativa; que se haya concebido un ámbito jurisdiccional encargado de garantizar su integridad y supremacía; que sea de carácter personalista; que haya tomado como fundamento y límite del poder público la dignidad del ser humano y los derechos a través de los cuales tal dignidad se realiza; que se hayan consagrado mecanismos judiciales para la protección de tales derechos; que para su limitación se hayan consagrado los principios de reserva legal y judicial de la libertad; que se haya fortalecido al Congreso de la República y que se hayan puesto límites al ejecutivo durante la vigencia del derecho constitucional de excepción, entre otras cosas.

295

Esa axiología constitucional imponía una lectura muy diferente del proceso penal y, desde luego, de la prueba. En cuanto a lo primero, se desarrollaron con detenimiento las garantías procesales, se constitucionalizaron el hábeas corpus, la segunda instancia de la sentencia condenatoria y la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado y se institucionalizó la Fiscalía General de la Nación en un intento de aproximación al sistema acusatorio, intento que en buena parte se frustró al atribuirle amplias funciones judiciales. Y en cuanto a lo segundo, se hicieron expresas referencias a la prueba: Por una parte, se mantuvo, en el artículo 33, la exoneración del deber de declarar contra sí mismo o contra sus allegados, y en el artículo 29 se consagraron los derechos a presentar y controvertir pruebas y también la regla de exclusión de la prueba ilícita al disponer que: *Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso*".

De lo expuesto se infiere que la consagración expresa de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el actual constitucionalismo colombiano es compatible con la concepción que tiene de la persona humana y de sus derechos y con el imperativo de respetarlos. Así como bajo el régimen político-jurídico anterior no era posible advertir un espacio directo de configuración de la regla de exclusión de la prueba ilícita, en el régimen constitucional vigente su consagración expresa es ineludible, pues esa regla también constituye un espacio de defensa y de promoción de los derechos fundamentales como nuevo fundamento de la legitimidad de los poderes constituidos.

B. Desarrollo legal

1. Código de Procedimiento Penal de 1991

296

El Decreto 2700 de 1991 no consagró de manera directa la regla de exclusión de la prueba ilícita. No obstante, el régimen legal de la prueba ya se ve influenciado por la axiología de esa Constitución y esto no solo es así por la reproducción legal de la regla constitucional del debido proceso y por el reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos humanos. (Artículos 1 y 3). Así, si bien se consagra el principio de acuerdo con el cual *toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación*—artículo 246— y se especifica esa regla en relación con los fundamentos sustanciales de la medida de aseguramiento, pero no en relación con la resolución de acusación y la sentencia condenatoria—artículos 388, 441 y 247—, en múltiples disposiciones se reconocen la dignidad humana y los derechos fundamentales como parámetros de validez de las pruebas.

Así ocurre con el condicionamiento de la sentencia condenatoria a que no se hayan violado garantías ni derechos fundamentales—artículos 37 y 37A—; con la utilización de medios mecánicos, electrónicos y técnicos que no atenten contra la dignidad humana y garantías constitucionales—artículo 156—; con el reconocimiento del principio de libertad probatoria pero con estricto respeto de los derechos fundamentales—artículo 253—; con la admisión de pruebas no previstas en ese estatuto siempre que se respeten los derechos fundamentales—artículo 248—; con el reconocimiento de libertad probatoria con el respeto de los derechos fundamentales como límite—artículo 253—; con la sujeción del examen médico del imputado y la internación en centro hospitalario a la no violación de derechos humanos fundamen-

tales -artículos 262 y 263-; con el mandato de intangibilidad de las garantías constitucionales en las pruebas y actuaciones de la policía judicial -artículo 314- y con la realización de diligencias solicitadas por autoridad extranjera siempre que no se contraríen derechos y garantías constitucionales y legales -artículo 545-.

Este hecho es muy significativo pues la legitimidad de la prueba ya no solo aparece ligada al respeto del principio de legalidad en su producción sino a la dignidad del ser humano, a los derechos fundamentales y a la exigencia de razonabilidad en su producción, giro que es muy importante en punto de la concepción de la prueba ilícita y de sus consecuencias procesales.

No obstante, la axiología de la Constitución no se irradió expresamente a las consecuencias de la prueba ilícita. En este sentido solo se ordenó el rechazo de pruebas obtenidas en forma ilegal o legalmente prohibidas -artículo 250-, con lo que los efectos procesales se remitían al deber de rechazo de la prueba ilícita, a la obligación de corrección de actos irregulares dispuesta en el artículo 13; a la inexistencia de diligencias por falta de defensor dispuesta en el artículo 161; a la regulación de las causales de nulidad y en especial la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y el derecho de defensa -artículo 304-; al control de la legalidad de la medida de aseguramiento consagrada en el artículo 414 y al recurso extraordinario de casación por violación de normas sustanciales generada por la apreciación de las pruebas -artículo 220-.

297

2. Código de Procedimiento Penal de 2000

En este estatuto, el régimen de la prueba es muy similar al del Código de Procedimiento Penal de 1991. Se plasma también la axiología de la Constitución en múltiples disposiciones pero no se consagra expresamente la regla de exclusión de la prueba ilícita. No obstante, su interpretación sistemática permite inferir que tales pruebas deben rechazarse y no pueden ser fundamento de decisión alguna.

La situación planteada se advierte desde la formulación de las normas rectoras pues se les reconoce valor prevalente al reconocimiento de la dignidad humana, la integración del bloque de constitucionalidad a la normatividad procesal penal, principios como los de legalidad del proceso y primacía de la

libertad y se sujeta la actuación procesal al respeto de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

La referencia a los derechos fundamentales como criterio de validez de la actuación procesal y de la práctica probatoria es reiterativa. Así, por ejemplo, en la investigación se permite la utilización de medios técnicos que no atenten contra la dignidad humana y las garantías constitucionales –artículo 148–; se permite la práctica de múltiples medios de prueba a condición de que se respeten los derechos fundamentales –artículo 233–; se exige la demostración de la conducta y de la responsabilidad con libertad probatoria pero respetando tales derechos –artículo 237–; se sujeta la actuación de la policía judicial a la práctica de pruebas que no interfieran el derecho a la intimidad –316– y se afirma la intangibilidad de las garantías constitucionales en las pruebas y actuaciones que realice la policía judicial –artículo 318–.

298

Como ocurría en el régimen anterior, el fundamento probatorio de la medida de aseguramiento se liga expresamente a pruebas legalmente practicadas, no así el fundamento de la resolución de acusación y la sentencia condenatoria –artículos 356, 397 y 232–.

No se reitera ni desarrolla de forma expresa la regla de exclusión pero sí se consagra el deber de inadmitir pruebas obtenidas en forma ilegal y rechazar las legalmente prohibidas –artículo 235–, con lo que los mecanismos de control de la prueba ilícita se remiten al deber de inadmisión, a la obligación de corrección de actos irregulares –artículo 15–; a la inexistencia de diligencias por falta de defensor –artículo 305–; a la regulación de las causales de nulidad y en especial la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y el derecho de defensa –artículo 306 y 310–; al control de la legalidad de la medida de aseguramiento por ilegalidad material de la prueba mínima para asegurar cuando es practicada o aportada con desconocimiento de algún requisito condicionante de su validez –artículo 397– y al recurso extraordinario de casación por violación de normas sustanciales generada por la apreciación de las pruebas –artículo 207–.

En suma, si se examina el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, se aprecia un claro desbalance entre, por una parte, la reiterada invocación de la dignidad humana, los derechos fundamentales y las garantías constitucionales y legales como marco de validez de la prueba y, por otra

parte, la falta de desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita y de la prueba derivada de esta.

Ante esa deficiente regulación legal, el desarrollo de esa temática quedó relegado, en muy buena medida, a la jurisprudencia penal y constitucional. Por ello, para determinar el régimen vigente en materia de prueba ilícita hasta la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal colombiano, resulta forzoso analizar, con algún detenimiento, las líneas jurisprudenciales que se han desarrollado a este respecto en la Corte Suprema de Justicia y en la Corte Constitucional, pues es la doctrina fijada por estas Corporaciones la que suministra el parámetro de confrontación y entendimiento del régimen de la prueba ilícita en el nuevo esquema procesal.

C. Desarrollo Jurisprudencial

299

1. Corte Suprema de Justicia

El tema de la prueba ilícita es muy recurrente en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Si se intenta hacer un seguimiento más o menos aproximado de sus decisiones en los últimos años, se advierten varias líneas jurisprudenciales en torno a temas como supuestos específicos de prueba ilícita, técnica para la presentación de una demanda de casación por haberse fundado el fallo en prueba ilícita y las reglas que aplica la Corte Suprema de Justicia para resolver tales recursos.

a. Supuestos específicos de prueba ilícita

1. En relación con las interceptaciones telefónicas, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que se trata de una prueba de producción compleja en cuanto precisa de previa autorización judicial en la que intervienen dos autoridades: la policía judicial que la solicita y el fiscal que la ordena, en un caso, y el fiscal que dispone su práctica y la Dirección Nacional de Fiscalías, en otro. Además, se precisa de la captación magnetofónica de las voces y, finalmente, de la identificación de los autores de las mismas. (Sentencias de 22 de octubre de 1996 y 27 de marzo de 2003). La Corte Suprema de Justicia ha indicado que la falta de autorización judicial previa o la prolongación de la interceptación por un lapso mayor al autorizado, constituye prueba ilícita. (Sentencia de 27 de septiembre de 2002).

2. Uno de los problemas más frecuentemente desarrollados por la Corte Suprema es el de la interceptación de las propias conversaciones telefónicas o captación de imágenes por parte de la víctima de una conducta punible. Esta línea jurisprudencial se remonta a un precedente de 1988 y ha sido reiterada y complementada en muchos fallos posteriores. De acuerdo con esta doctrina:

- No es ilícito el registro del contenido del mensaje por quien lo envía o por su destinatario pues no hay impedimento para grabar la propia voz, o la propia imagen, o para interceptar mediante grabación magnetofónica, o hacer que se intercepten por autoridad administrativa las propias líneas telefónicas. Por ello, la víctima no necesita autorización judicial para preconstituir la prueba de un delito y su valor es el de un documento privado. (Sentencias de 16 de marzo de 1988, 22 de octubre de 1996, 15 de noviembre de 2000, 18 de julio de 2001, 15 de agosto de 2001 y 20 de noviembre de 2001, entre otras).
- La víctima puede autorizar a la policía judicial para que intercepte sus líneas telefónicas y grabe las conversaciones con los autores o partícipes del delito. (Sentencia de 21 de noviembre de 2002).
- Si tales conversaciones son transcritas por un servidor público en ejercicio de sus funciones, constituyen documento público amparado por presunción de autenticidad. (Sentencia de 26 de noviembre de 2003. En el mismo sentido, Sentencia de 6 de agosto de 2003 y Sentencia de 12 de noviembre de 2003).

Como puede advertirse, la Corte Suprema ha hecho una lectura del artículo 15 constitucional de acuerdo con la cual no es ilícito el registro del contenido de un mensaje por quien lo envía y por su destinatario, pues esa norma solo prohíbe las interceptaciones hechas por personas ajenas a la comunicación. Esta doctrina se retomó en la sentencia del 21 de enero de 2003, en la que se apartó de la doctrina en contrario fijada por la Corte Constitucional. En esa oportunidad expuso: *"Estos argumentos son los que han llevado a la Sala a disentir del criterio de la Corte Constitucional expuesto en la sentencia de tutela T-03 del 21 de enero de 1997, en donde declaró nula de pleno derecho una grabación magnetofónica hecha por uno de los interlocutores sin el consentimiento del otro, con el argumento de que*

el derecho fundamental de la intimidad impide que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales. Por ser esta una decisión que tiene fuerza vinculante interpartes no obliga a la Sala".

3. La prueba practicada con violación del secreto profesional es manifiestamente ilegal. (Sentencias de 12 de diciembre de 1995 y 7 de marzo de 2002).

b. Técnica de la demanda de casación

En cuanto a la técnica de la demanda de casación por haberse basado la condena en prueba ilícita, la Corte Suprema de Justicia ha planteado que el actor debe acudir a la causal primera, cuerpo segundo y plantear un error de derecho por falso juicio de legalidad y no a la causal tercera para alegar la nulidad del proceso. En la formulación del cargo, el demandante debe identificar la prueba ilegalmente incorporada, señalar las formalidades que no se tuvieron en cuenta, demostrar la trascendencia del yerro frente a la totalidad de las pruebas, señalar las normas que se dejaron de aplicar, indicar los preceptos sustanciales que resultaron desconocidos y desarrollar el sentido de la violación (Sentencia de 18 de enero de 2001). Estos presupuestos han sido catalogados como un *"infranqueable derrotero en materia técnica."* (Sentencia de 29 de agosto de 2002)⁷.

301

⁷ En reciente sentencia la Corte expuso lo siguiente en relación con la técnica de la demanda de casación por la no aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita: "La invocación del error del derecho por falso juicio de legalidad impone al recurrente el deber de acreditar que respecto al elemento de persuasión con el que se vincula el yerro, fue practicado o aducido al proceso sin las formalidades exigidas por la ley. Tal inconsistencia, por otorgarle validez al medio que no lo tiene o negársela al que sí lo amerita, apunta a la existencia jurídica de la prueba, no a su existencia material, ni al contenido objetivo, tampoco a su capacidad demostrativa. En otros términos, tratándose, como lo es, de un error *in iudicio*, el vicio afecta únicamente al medio ilegítimamente obtenido, sin proyectarse sobre los demás elementos de juicio o la estructura del proceso, de ahí que la solución en esos casos sea la exclusión del medio de prueba (primario o derivado), derindolo sin efectos vinculantes. Una vez establecido el yerro, el censor ha de ocuparse de la incidencia del desacierto en relación con los hechos y las conclusiones del fallador, para lo cual debe ocuparse del análisis integral del acervo probatorio, excluyendo la prueba denunciada como ilegal, a fin de demostrar que los demás medios en los que se sustentó la decisión impugnada, no resultaban idóneos para mantener la presunción de acierto y legalidad, a fin de que la Corte profiriera el fallo de sustitución correspondiente." (Sentencia de 8 de julio de 2004).

c. Reglas para la decisión de la demanda

La doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en esta temática es la más importante pues contiene los parámetros con base en los cuales se determinan los efectos de la prueba ilícita en sede de casación. Estos parámetros son los siguientes:

1. No resulta imperativa la exclusión de una prueba cuando está afectada por irregularidades menores, que por esa misma entidad no desconocen derechos fundamentales, ni la estructura lógica del proceso, ni el derecho de defensa. (Sentencia del 16 de diciembre de 1998 y Sentencia del 8 de julio de 2004).

302 2. La prueba ilícita es la que se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales y, tanto ella como su derivada, son pruebas ilícitas. (Sentencia del 8 de julio de 2004)⁸.

3. Practicar una prueba ilegal no invalida el proceso. (Esta regla se afirma en casi todos los casos en que la Corte se pronuncia en torno al tema de la prueba ilícita, por ejemplo, Sentencia de 1º de enero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997). Ello es así por dos razones: Por una parte, la Carta no consagra la nulidad del proceso sino únicamente de la prueba ilegalmente incorporada. (Sentencias de 23 de julio de 2001 y 17 de septiembre de 2003). Y, por otra, las pruebas no son actos cuyo agotamiento constituye presupuesto necesario para otras actuaciones posteriores y por ello su ilegalidad no

⁸ Sobre este particular, se dijo en la sentencia: "El inciso final del artículo 29 de la Carta Política y las normas que lo desarrollan, señala que tanto la estructura del Estado de derecho, como de la sociedad para la cual se consagra esencialmente, y de la administración de justicia, soportadas dogmática y orgánicamente en la Constitución, no admiten pruebas obtenidas con violación del debido proceso, instituido en defensa de derechos fundamentales y garantías ciudadanas. Por consiguiente, exige la exclusión estricta de la prueba constitucionalmente ilícita (prueba principal) y, eventualmente, de la prueba derivada, entendiendo por tal aquella, con entidad igualmente constitucional, de ninguna manera tenue o atenuada, que tiene su fuente de conocimiento en dicha prueba básica y no en otra de carácter independiente. No tiene, pues, carácter de prueba derivada la prueba que tiene su arribo al proceso, inevitablemente, por otra vía lícita, como tampoco la que obtiene su ratificación mediante el ejercicio de la libre voluntad del afectado, pues en tales eventos no sufren los efectos expansivos de la prueba principal ilícita, por consiguiente, tienen validez suficiente para sustentar providencias judiciales.". (Sentencia del 8 de julio de 2004, negrillas originales).

afecta la estructura del proceso, ni vulnera las garantías de los sujetos procesales. (Auto de 13 de marzo de 2000 y auto de 20 de mayo de 2000).

4. La regla general de que la ilegalidad de la prueba no invalida el proceso solo admite una excepción que concurre cuando en tal ilicitud se ha incurrido en la diligencia de indagatoria pues esta es medio de prueba y presupuesto procesal de posteriores actuaciones y por eso la irregularidad afecta la estructura básica del proceso. (Auto de 5 de mayo de 1997). En tal caso el proceso se invalida⁹.

5. La consecuencia de la ilegalidad de la prueba es que no debe ser tomada en cuenta para sustentar ninguna decisión. (Sentencia de 1º de enero de 1993). Es decir, se toma como una prueba inexistente. (Sentencia de 13 de junio de 2002).

6. Que la prueba ilegal sea inexistente significa que es nula de pleno derecho (Sentencia de 24 de enero de 2001) y, por lo tanto, no requiere un pronunciamiento judicial concreto en que se declare tal inexistencia. (Sentencias de 29 de agosto de 2002 y 29 de mayo de 2003).

7. La consecuencia de la prueba ilícita es que se dicta un fallo de reemplazo en el que no se tienen en cuenta tales medios de convicción. (Auto de 5 de mayo de 1997). Pero esto solo ocurre si la prueba nula es el único fundamento de la sentencia, pues entonces no existiría ya prueba para condenar y por ello se debe absolver dado que se mantiene incólume la presunción de inocencia. (Sentencia de 13 de junio de 2002). También se dicta fallo absolutorio de reemplazo si las pruebas restantes resultan insuficientes para mantener la condena. (Sentencia de 23 de julio de 2001). En cualquier hipótesis diferente, no hay lugar a casar el fallo y la condena se mantiene. Esto es una consecuencia lógica del juicio de trascendencia a que se somete el vicio plan-

⁹ Como lo ha expuesto la Corte Suprema, "la consecuencia jurídica de la prueba inconstitucionalmente obtenida no es otra que su definitiva y estricta exclusión, como corresponde a la expresión "es nula de pleno derecho", la cual, como también ha sido reiterado, sólo afecta la prueba de espurio origen, no así el proceso a la cual (sic) ha sido allegada, sin perjuicio, claro está, de otra clase de sanciones que de ella surgen, por ejemplo, desde el punto disciplinario y aun penal respecto del funcionario que la practica, aporta, permite o admite" (Sentencia de 8 de julio de 2004, negrillas originales).

teado por el actor. Por ello, *"Mentalmente suprimidas las pruebas que se tachan de ilegales, si no queda fundamento probatorio loable para sostener el fallo condenatorio, sin duda debe cambiarse su sentido pero no decretarse su nulidad"*, pues *"el precepto constitucional no consagra como sanción la nulidad del proceso, sino solo de la prueba ilegalmente incorporada"*. (Sentencia de 17 de septiembre de 2003).

Lo expuesto explica que si se está ante una diligencia de allanamiento y registro realizada sin orden previa de autoridad judicial, o si un reconocimiento se realiza sin la presencia del defensor, por ejemplo, la prueba es ilegal pero no conduce a la invalidación del proceso y de la sentencia que en él se dictó si, suprimidas mentalmente tales pruebas, concurren otras que fundamentan la condena. (Auto de 23 de julio de 2001 y Sentencia de 22 de octubre de 2003).

Este cúmulo de exigencias conduce a un concluir que casi no es posible la casación de una sentencia condenatoria por haberse basado en prueba ilícita, pues muy difícilmente esta será el fundamento único de una sentencia ya que siempre existirán otras pruebas que convaliden el fallo. De allí que en la Corte Suprema de Justicia existan muy pocos fallos de casación en los que se haya casado un fallo por haberse basado en prueba ilícita y en los que, como fallo de reemplazo, se haya dictado una absolución. Quizá es más frecuente la situación contraria, esto es, que en el curso de las instancias se haya absuelto por la ilegalidad de la prueba de cargo y por la ausencia de prueba para condenar y que ese fallo ha sido casado, negando la ilicitud de la prueba y profiriendo un fallo de sentencia condenatorio. Es lo que ocurrió en la Sentencia del 18 de diciembre de 2003¹⁰.

¹⁰ Magistrado Ponente, Jorge Luis Quintero Milanés. Salvaron su voto los Magistrados Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Herman Galán Castellanos y Marina Pulido de Barón. Es promisorio que la doctrina sentada en este fallo no haya sido pacífica y que 3 magistrados hayan salvado su voto por considerar que —dado que se había practicado un allanamiento sin orden de autoridad judicial competente y sin que existiera estado de flagrancia— las evidencias recaudadas constituían pruebas ilícitas que debían excluirse, que no se contaba con otras pruebas autónomas que soportaran la condena y que el fallo absolutorio no debía casarse. Estos salvamentos dan cuenta de la intensidad del debate dentro de la Corte Suprema de Justicia. Por ello, es de esperar que el debate se promueva en posteriores oportunidades, de tal manera que se consolide una jurisprudencia penal que extracte todas las consecuencias que la ilegitimidad de la prueba ilícita plantea en el proceso penal inherente a una democracia constitucional.

2. Corte Constitucional

En la jurisprudencia constitucional se distinguen dos etapas en el manejo de la prueba ilícita. Una primera que comprende el lapso transcurrido entre la entrada en funcionamiento de la Corte y la Sentencia SU-159-02 y la segunda que comprende la doctrina sentada en este fallo y que se mantiene vigente.

a. Primer Período

1. Sentencia C-150-93

En este fallo la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad parcial de los artículos 7, 251, 272 y 342 del Decreto 2700 de 1991, normas de acuerdo con las cuales se establecían excepciones al derecho del imputado de presentar o controvertir pruebas durante la investigación previa; no había controversia probatoria en la indagación preliminar de los procesos de que conocían los jueces regionales; los sujetos procesales no podían solicitar la comparecencia de algunos peritos con miras a la explicación de sus dictámenes y no se daban a conocer a las partes aquellas pruebas que, en virtud de solicitud de autoridad extranjera, se debían mantener en reserva hasta tanto se formule la acusación.

305

La Corte Constitucional estimó que esas disposiciones configuraban excepciones al principio de contradicción de la prueba en el proceso penal, asimiló la prueba nula de pleno derecho a aquella practicada con violación del principio de contradicción e infirió de ello que las normas acusadas contrariaban el artículo 29 superior. Por ello, las expulsó del ordenamiento jurídico.

Entonces, de acuerdo con este precedente, prueba ilícita es aquella que se practica con violación del principio de contradicción.

2. Sentencia C-491-95

En esta oportunidad se demandó la expresión adverbial "*solamente*", que hace parte del inciso 1° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, subrogado por el artículo 1°, numeral 80, del decreto 2282 de 1989. En esa disposición se relacionan las causales de nulidad en el régimen procesal civil y en ese contexto, la expresión demandada es muy importante pues les

imprime carácter taxativo a tales causales. Según el actor, existen muchas irregularidades constitutivas de nulidad que no están relacionadas en esa norma pero que, dado su carácter taxativo, no pueden ser declaradas. Con esto, afirmó, se vulneran los artículos 2, 29 y 229 de la Carta, motivo por el cual solicitó se declarara inexecutable.

En este precedente, la Corte Constitucional asumió que prueba nula de pleno derecho era aquella producida sin observancia de formalidades legales esenciales; que una prueba no contradicha era una prueba ilícita y que esta tenía incidencia en la validez parcial o total del proceso¹¹. En su concepto, la prueba nula de pleno derecho es prueba practicada *"sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba"* y entre ellas, de manera prioritaria, el principio de contradicción.

306

De acuerdo con este criterio, entonces, prueba ilícita sería aquella practicada sin cumplimiento de las formalidades legales esenciales. Es decir, el contenido del concepto de prueba nula de pleno derecho se determina a partir de la ley, de los ritualismos en ella consagrados. No obstante, la Corte Constitucional cita como ejemplo de prueba ilícita aquella practicada sin observancia del *"derecho de contradicción"* que, como se sabe, está expresamente consagrado en el artículo 29 de la Carta. Luego, el concepto que se maneja de prueba nula de pleno derecho no es claro, pues se ignora si remite a la inobservancia de formalidades legales esenciales o si comprende aquellas pruebas practicadas con vulneración de derechos constitucionales como el expresamente citado.

Por otra parte, se presentó un salvamento de voto en el que se hizo una tangencial consideración sobre la incidencia de la prueba ilícita: Se afirmó que

¹¹ La Corte Constitucional consideró que era el legislador el legitimado para regular el régimen de las nulidades procesales en materia civil, que la previsión de causales taxativas y no meramente enunciativas era compatible con la Carta y que el artículo 29 superior consagraba una "causal de nulidad específica que opera de pleno derecho" y que era, por tanto, adicional a aquellas expresamente previstas en la ley procesal civil. De acuerdo con ello, la Corte concluyó que "además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según el cual "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", esto es, sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone esta" y que tal causal constitucional de nulidad "es aplicable en toda clase de procesos".

esta plantea la nulidad en todo o en parte del proceso, dependiendo si *"resultaba decisiva dentro del trámite correspondiente"*¹². Nótese cómo en este salvamento se plantea la necesidad de un juicio de trascendencia con miras a determinar si la prueba ilícita debe o no conducir a la anulación del proceso.

3. Sentencia C-217-96

Este fallo se profirió con base en una demanda instaurada también contra el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1, numeral 80, del Decreto 2282 de 1989. La demanda se dirigió contra los apartes normativos que consagraban el carácter taxativo de las nulidades procesales y contra la prescripción contenida en el párrafo de esa disposición, de acuerdo con el cual *"Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este código establece"*. Según el actor, si la declaratoria de nulidad solo procedía por las causas legales allí indicadas, no era posible declarar una nulidad por vulneración de disposiciones constitucionales y esto contrariaba los artículos 2, 4, 5, 29 y 228 de la Carta Política¹³.

307

¹² Salvó su voto el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo. Este magistrado consideró que la expresión demandada debió declararse inexecutable pues las causales de nulidad consagradas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil no podían asumirse como taxativas si se admitía que, aparte de ellas, operaba también la causal de nulidad consagrada en el artículo 29 de la Carta, pues esta disposición "modificó el texto de las normas legales que enunciaron causales de nulidad en los distintos procesos, añadiendo a ellas la de haberse obtenido una prueba con violación de la garantía plasmada en el artículo 29 de la Constitución. En tales eventos, el proceso es nulo, al menos en parte, o podría serlo todo, si la prueba afectada por la nulidad resultaba decisiva dentro del trámite correspondiente".

¹³ En relación con la expresión "solamente" la Corte Constitucional dispuso estarse a lo resuelto en la Sentencia C-491-95. Y respecto del párrafo del artículo demandado, se atuvo a la doctrina fijada en ese precedente. No obstante, en materia de prueba ilícita, hizo algunas consideraciones que deben destacarse. Así, indicó que el inciso quinto del artículo 29 superior consagra "una protuberante causa de nulidad de rango constitucional y, por tanto, de jerarquía superior a las demás, caracterizada por la gravedad que implica el desconocimiento flagrante de las reglas del debido proceso" y expuso que "la garantía constitucional en cuya virtud toda prueba practicada en violación de tales reglas es nula de pleno derecho no puede ser limitada, recortada o desconocida por normas de rango legal que hagan nugatoria la eficacia de dicha nulidad, pues esta no proviene de la ley ni depende de ella, en cuanto implica la seguridad constitucional —ontológicamente anterior a la legislación que fija las reglas de cada proceso— de que toda prueba, para ser constitucionalmente válida, debe respetar íntegramente el enunciado derecho fundamental" (Subrayas originales). Además, indicó que "es el juez el llamado a evaluar, con arreglo a las normas legales propias de cada juicio, si los hechos que dan lugar a ella —las violaciones del debido proceso en la obtención de la prueba— en verdad han ocurrido".

En este pronunciamiento se avanza en la conceptualización de la prueba ilícita pues la norma superior que consagra su nulidad de pleno derecho se asume como una "garantía constitucional" que no puede ser limitada, recortada o desconocida por la ley y se plantea que el respeto del derecho fundamental al debido proceso constituye un presupuesto de validez de la prueba. Nótese cómo, a diferencia de lo ocurrido en la Sentencia C-491-95, en este caso no se define la prueba ilícita a partir de la inobservancia de formalidades legales esenciales sino a partir de una trasgresión que se asume como una garantía y como un derecho fundamental.

4. Sentencia T-03-97

308

En este fallo la Corte Constitucional revisó las sentencias proferidas con ocasión de una acción de tutela interpuesta contra la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia por un aspirante a un posgrado en especializaciones médicas, clínicas y quirúrgicas. El actor afirmaba que en el proceso de selección había sido discriminado y que se le habían vulnerado sus derechos fundamentales. La Corte Constitucional revocó los fallos de instancia y negó el amparo pretendido al encontrar que la institución universitaria había ejercido legítimamente su autonomía en el proceso de selección de los aspirantes a posgraduarse y que lo había hecho sin vulnerar los derechos fundamentales del actor.

En el fallo la Corte Constitucional creyó que por su importancia era necesario *"dejar sentada su apreciación sobre la aducción irregular de una grabación magnetofónica"*. Lo hizo porque el actor había aportado al proceso un casete con la grabación de una charla privada que había sostenido con un directivo universitario, quien no había sido enterado de la grabación de la conversación. La Corte Constitucional advirtió que el derecho a la intimidad *"impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales. La deslealtad en que incurrió el actor al abusar de la confianza de su contertulio, ajeno al hecho de que sus opiniones estaban siendo grabadas, además de vulnerar el derecho fundamental a la intimidad, impide que el casete pueda ser tenido en cuenta como prueba judicial, porque su creación y aportación tampoco concuerdan con los presupuestos del debido proceso. En efecto, la prueba obtenida con violación del derecho a la intimidad también quebranta el debido proceso,*

pues, al suponer la utilización de una maquinación moralmente ilícita, constituye clara inobservancia de los principios de la formalidad y legitimidad de la prueba judicial y de la licitud de la prueba y el respeto a la persona humana. Por último, debe señalarse que esta clase de atentados contra la inmaculación de la prueba conduce a la nulidad a que hace referencia el inciso final del artículo 29 de la Constitución: "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

La importancia de este fallo radica en que implica la extensión del ámbito de cobertura de la prueba ilícita. En efecto, esta ya no solo es la que vulnera el derecho de contradicción, o la que se practica con desconocimiento de formalidades legales esenciales, o la que reniega de una garantía constitucional, sino también la que se practica con vulneración de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad.

309

5. Sentencia C-372-97

Dos situaciones son llamativas en esta sentencia¹⁴. Por una parte, se distingue entre la nulidad de la prueba ilícita y la nulidad del proceso y se precisa que de acuerdo con el artículo 29 de la Carta, la vulneración del debido proceso en la práctica de la prueba afecta a esta y no a la actuación judicial en la que se practicó. Por otra parte, no obstante que la norma constitucional plantea una nulidad de pleno derecho, en este precedente se advierte la necesidad de que la nulidad de la prueba ilícita sea judicialmente declarada. A pesar de que en este punto la Corte Constitucional no esgrime motivación alguna, la explicación de esa declaración radica en la necesidad de generar seguridad jurídica dentro del proceso pues las partes deben saber qué pruebas constituyen los fundamentos de las decisiones por tomar en el proceso y qué pruebas han sido excluidas de él por razones de ilicitud. De lo contrario, se llegaría a la sentencia sin tener claridad sobre los elementos de juicio en los que se basará la sentencia.

¹⁴ En este fallo, la Corte Constitucional, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el artículo 383 del Código de Procedimiento Civil, manifestó que "la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí. En un proceso civil, por ejemplo, si se declara nula una prueba, aún podría dictarse sentencia con base en otras no afectadas por la nulidad. La Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. No tendría sentido el que, so pretexto de alegar una nulidad de estas, se revivieran procesos legalmente terminados, por fuera de la ley procesal".

6. Sentencia T-008-98

310

Los hechos que llegaron a conocimiento de la Corte Constitucional fueron los siguientes: El 3 de octubre de 1993 un juez regional de Medellín absolvió a W. A. T. T. de un concurso de homicidios por el que había sido acusado ya que, en su criterio, sobre la responsabilidad de aquel existía una duda razonable que no era posible eliminar. Tal funcionario, además, asumió como inexistente un testimonio rendido bajo reserva de identidad pues en él no se había contado con la presencia del Ministerio Público para que constatará que la huella dactilar del testigo correspondiera efectivamente a este y no se había levantado el acta en la que debía constar la identidad del declarante. El 17 de abril de 1997 el Tribunal Nacional revocó la sentencia absolutoria y en su lugar condenó a W. A. T. T. a la pena de 55 años de prisión como responsable de los cuatro delitos de homicidio perpetrados el 26 de marzo de 1994. Este Tribunal consideró que las irregularidades advertidas en el testimonio con reserva de identidad no lo hacían inexistente pues este efecto solo se presentaba cuando se trataba de intervenciones del procesado realizadas sin la presencia del defensor. Indicó que el único efecto que se presentaba era que esa prueba no podía ser valorada como testimonio mas sí como hecho indicador, siempre y cuando existieran otros medios de prueba que confirmaran su veracidad. Y esto ocurría en el proceso, pues existían cuatro testimonios de oídas que confirmaban el alcance indiciario de esa prueba.

El defensor del condenado interpuso acción de tutela contra la sentencia de segunda instancia. Indicó que en esta se había incurrido en vía de hecho, entre otras cosas, al no aplicar la regla de exclusión y basarse en una prueba nula de pleno derecho. Afirmó que con ello se habían vulnerado varios derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso, y que ellos debían ser objeto de protección constitucional transitoria dejando sin efecto el fallo condenatorio hasta tanto se resolviera el recurso de casación interpuesto en forma paralela. La tutela fue negada en el curso de las instancias.

La Corte Constitucional, en el fallo de revisión, refirió las graves irregularidades en que se incurrió en el testimonio con reserva de identidad y concluyó que la omisión de esas formalidades, orientadas a dar fe de la credibilidad del testimonio y a asegurar la posibilidad de contradicción, hacía de ella una prueba nula de pleno derecho que no podía ser valorada por los jueces penales. No obstante, admitió que la sentencia condenatoria era legítima en cuanto se basó

en unas pruebas derivadas de ese testimonio, como el allanamiento en el que se encontró el arma de fuego de propiedad del condenado y con la cual se habían cometido los delitos juzgados, y en varios testimonios de oídas¹⁵.

¹⁵ La Corte Constitucional, al revisar los fallos proferidos, al tocar el punto atinente a la prueba afectada de nulidad absoluta, indicó: "En el curso de la investigación, el funcionario instructor recibió la declaración de un testigo con reserva de identidad, quien afirmó que a través de uno de los trabajadores de la hacienda "L. N.", de propiedad de W. T. T., se había enterado de que este y el alcalde de S. A. d. S. "habían pagado para que los indígenas fueran asesinados". El mencionado testimonio fue practicado al margen de lo dispuesto en las normas contenidas en los Decretos 099 de 1991 y 2271 de 1991, según los cuales: (1) el agente del Ministerio Público debe estar presente durante la práctica del testimonio para constatar que la huella dactilar del testigo corresponda efectivamente a este, y: (2) debe levantarse un acta separada y reservada, en la cual figure el nombre y otros datos personales del declarante, con el propósito de permitir al juez una mejor valoración de la prueba o de que la defensa pueda llamar al testigo a contrainterrogatorio, entre otras razones. Con base en la declaración mencionada se practicó un allanamiento a la hacienda "L. N.", dentro del cual fue encontrada una pistola Colt 45 de propiedad de T. T., la cual fue utilizada para cometer la masacre que originó la investigación, según pudo establecer el examen de balística realizado posteriormente". Enseguida, la Corte recuerda que "la validez constitucional de las declaraciones de testigos con reserva de identidad depende, por entero, de la aplicación cabal de las garantías que rodean la realización y valoración de la prueba, así como de la posibilidad cierta de que esta pueda ser ampliamente controvertida por la defensa técnica. Por lo tanto, si durante la declaración del testigo secreto no está presente el representante del Ministerio Público; si no se levanta el acta separada con la identidad del declarante; si el juez no puede conocer esa identidad para valorar adecuadamente la declaración; si, por ello, la defensa no puede contrainterrogar al testigo, la prueba será nula por violación del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso". Por ello concluye que "desde una perspectiva constitucional, la justicia regional no puede tener en cuenta la declaración de un testigo con reserva de identidad si esta ha sido obtenida violando las garantías consagradas en las normas legales que establecen la mencionada figura", pues "proceder de otro modo implicaría el fin de las garantías mínimas del debido proceso, la condena de personas con fundamento en testimonios inexistentes o en pruebas obtenidas mediante torturas o allanamientos arbitrarios y, en suma, la disolución del Estado constitucional en las tinieblas del más cínico eficientismo". A continuación la Corte resalta que "el hecho de que un juez tenga en cuenta dentro de un proceso una prueba absolutamente viciada, no implica, necesariamente, que la decisión que se profiera deba ser calificada como una vía de hecho" pues "solo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.". (Negritillas originales). Si ello es así, "en el presente caso, resulta claro que la inexistencia de la declaración del testigo con reserva de identidad no tendría, necesariamente, el efecto de cambiar la decisión impugnada. Ciertamente, el Tribunal Nacional tuvo en cuenta otros elementos de juicio tales como el hallazgo de una de las armas homicidas en una finca de propiedad del condenado; la presunta relación de subordinación y confianza entre quien era el tenedor de la mencionada arma al momento del allanamiento a la finca "L. N." - quien se encuentra huyendo de la justicia -y el señor T. T.; el conjunto de testimonios de oídas que afirmaban la participación del actor en la comisión del delito; el eventual interés del encartado en la ejecución de la masacre, etc. Con independencia del valor de cada uno de estos elementos de juicio -lo cual no puede ser definido por el juez de tutela-, lo cierto es que la prueba que debió ser excluida no resulta determinante a la hora de resolver el caso planteado".

Entonces, de acuerdo con la doctrina sentada en este fallo, solo hay lugar al amparo constitucional de los derechos fundamentales de un condenado cuando la prueba nula de pleno derecho valorada por el juez resulta determinante de la decisión proferida. Si ello no es así, el acto judicial no puede descalificarse.

Esta doctrina es preocupante pues la Corte admitió que se estaba ante una prueba nula de pleno derecho pero no descalificó su valoración por el Tribunal Nacional por cuanto no había sido el fundamento de la condena ya que a corroborar el fallo también concurrían pruebas directamente derivadas de la prueba ilícita. Luego, de acuerdo con la lógica del fallo, una condena no puede basarse solo en prueba ilícita pero sí en una prueba ilícita, en aquellas obtenidas directamente de tal prueba viciada de nulidad absoluta y en otras, como testimonios de oídas, por ejemplo. Parecería que con este entendimiento, se restringió el alcance de la cláusula de exclusión consagrada en la Carta ya que, de acuerdo con esa lectura, la prueba ilícita debe excluirse, pero si no se excluye no pasa nada, excepto que la prueba ilícita sea el fundamento de la sentencia. Entonces, es loable que en el recaudo de la prueba no se violen derechos fundamentales, pero si esto ocurre lo que interesa es que, aparte de la prueba ilícita, existan otras pruebas, así unas sean derivadas de ella, que comprometan la responsabilidad del procesado pues todo ello constituye, en conjunto, un soporte legítimo para la condena.

7. Sentencia C-093-98

En este fallo la Corte Constitucional resolvió una demanda instaurada contra el artículo 6° del Decreto 960 de 1970. Para determinar la inconstitucionalidad de la norma demandada, precisó el alcance de la nulidad constitucional referida a la prueba obtenida con violación del debido proceso y lo hizo reiterando que se trataba de una nulidad procesal, que debía ser declarada previamente por autoridad competente y que no era aplicable al trámite notarial puesto que este no es de naturaleza contenciosa ni procesal.

Pues bien. Si en lo concerniente al primer período de la jurisprudencia constitucional relativa a la prueba ilícita se hace un balance, se tiene que las subreglas fijadas son las siguientes:

1. Prueba ilícita es la que se obtiene con violación del principio de contradicción (C-150-93), sin la observancia de las formalidades

legales esenciales requeridas para la producción de la prueba (C-491-95), con desconocimiento flagrante de las reglas del debido proceso (C-217-96) o con vulneración del derecho a la intimidad (T-003-97).

2. La prueba ilícita es aplicable a toda clase de procesos (C-491-95), incluso en tutela (T-003-97).
3. La nulidad se predica de la prueba (C-491-95 y C-372-97) pero afecta todo el proceso si la prueba resulta decisiva (S. V. C-491-95 y T-008-98).
4. Es el juez quien determina si la violación del debido proceso ha ocurrido. (C-217-96).
5. Debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. (C-372-97 y C-093-98).
6. La prueba directamente derivada de la prueba ilícita puede ser fundamento de una declaratoria de responsabilidad penal. (T-008-98).
7. Solo hay lugar al amparo constitucional de los derechos fundamentales de un condenado por vulneración de la regla de exclusión de la prueba ilícita cuando la prueba nula de pleno derecho valorada por el juez resulta determinante de la decisión proferida. (T-008-98).

313

b. Segundo Período. Sentencia SU-159-02

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional es de suma importancia. En él se realizó el estudio más completo del régimen constitucional y legal de la prueba ilícita. Antes de este fallo no había realizado un estudio sistemático de ese tema. En él la Corte examinó los contenidos de la regla de exclusión del artículo 29 superior, las implicaciones que para la determinación de ese contenido tienen los antecedentes de esa disposición, la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre ese punto, las condiciones de aplicación de la regla de exclusión y los sistemas de regulación de la prueba ilícita y de la prueba derivada que existen en el derecho comparado.

Con ese marco teórico, la Corte Constitucional solucionó el problema jurídico que se le había planteado: Determinar si la Fiscalía General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia habían incurrido en vía de hecho por defecto fáctico al tomar como fundamento de la resolución de acusación y de la sentencia condenatoria proferidas contra un ciudadano –por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos– una grabación magnetofónica correspondiente a una conversación telefónica interceptada sin orden de autoridad judicial y también otras pruebas derivadas de esa grabación. La Corte Constitucional resolvió que esas autoridades judiciales no habían incurrido en vía de hecho pues, por una parte, la prueba ilícita había sido excluida, y, por otra, la acusación y la condena se habían basado en pruebas autónomas e independientes.

314

Dada la importancia de este fallo, se seguirá la siguiente secuencia: 1. en primer lugar se indicará la doctrina en él fijada; 2. luego se indicará la justificación de la decisión tomada, y 3. enseguida se aludirán los fundamentos del salvamento de voto de los tres magistrados disidentes.

1. Los puntos fundamentales de la doctrina sentada por la Corte Constitucional son los siguientes:

- a. La regla de exclusión consagrada en el inciso final del artículo 29 superior contiene dos elementos: Las fuentes de exclusión y la sanción.

En cuanto a las fuentes de exclusión, estas están integradas por: (i) la prueba inconstitucional o prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, y (ii) la prueba ilícita o prueba adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En este último caso se trata de incumplimiento de condiciones particulares o de requisitos sustanciales específicos para cada tipo de pruebas.

Y la consecuencia de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso es (i) el rechazo de la prueba y (ii) su exclusión del acervo probatorio. En virtud de tales rechazo y exclusión, la prueba no puede ser valorada ni usada para efectos de la determinación de la responsabilidad.

- b. De los antecedentes de la norma constitucional se infiere que con ella (i) se pretendió evitar la obtención de prueba con violación de

derechos fundamentales, principalmente a través de la tortura, y por ello se impuso una restricción para disuadir esa práctica; (ii) la proscripción se dirigía a cualquier violación de derechos y garantías constitucionales, no solo a las consagradas en el artículo 29 de la Carta y (iii) la nulidad se extiende a cualquier medio de prueba.

- c. La nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso no necesariamente afecta el proceso.
- d. Para advertir las condiciones de aplicación de la regla de exclusión constitucional debe determinarse cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba. Para esto debe tenerse en cuenta lo siguiente: (i) si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso, la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Por el contrario, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias o cuando se desconocen formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para determinar la verdad real dentro del proceso penal; (ii) el debido proceso comprende no solo las reglas procesales, sino también todas aquellas que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental; (iii) el derecho penal en un Estado social de derecho también busca el adecuado funcionamiento de la justicia y no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario y (iv) el funcionario judicial debe determinar de manera expresa que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente pues una decisión explícita de exclusión ofrece certeza sobre las pruebas que no pueden usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia.
- e. Existen tres sistemas de regulación de la prueba ilícita: El romano, el anglosajón y el germánico. En el primero rige la regla de exclusión de la prueba ilícita, aunque con importantes variaciones entre unos países y otros. En el segundo rige un régimen de nulidades para dejar sin valor la prueba ilícita. Y en el tercero se le reconoce al juez la facultad de ponderar cada caso para determinar si excluye o no la

prueba ilícita. Además, objeto de especial atención ha sido el régimen de la prueba derivada de la prueba ilícita, ámbito en el cual la regla general es que la prueba derivada también se excluye pero deben tenerse en cuenta cuatro excepciones en las que tal regla no opera: (i) la fuente independiente, (ii) el vínculo atenuado, (iii) el descubrimiento inevitable y (iv) el acto de voluntad libre.

2. Cuando la Corte emprendió la solución del problema jurídico planteado, argumentó lo siguiente:

- a. La Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación excluyeron la grabación de la conversación de los procesados con el propósito de garantizar la efectividad de sus derechos, en particular el derecho a la intimidad.
- b. Debe distinguirse entre prueba derivada ilícita, que es la que proviene de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita; y prueba derivada lícita, que es la que proviene de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado. En este marco, la verificación de la conducta y de la responsabilidad del actor se fundamentó en pruebas autónomas que no guardan relación alguna, directa ni indirecta, con la grabación telefónica. Es decir, todas las pruebas en que se basó la sentencia tuvieron una fuente independiente: La actividad instructiva de la Fiscalía.

Por estos motivos, la Corte Constitucional concluyó que la prueba ilícita había sido excluida, que la acusación y la condena se habían basado en pruebas independientes y que por ello no se había incurrido en vía de hecho alguna que conculcara los derechos fundamentales del actor¹⁶.

¹⁶ La Corte Constitucional concluye lo siguiente: "... respecto de la existencia de una vía de hecho por defecto fáctico, los problemas jurídicos son múltiples y están estrechamente concatenados. Se procede a sintetizarlos y a responderlos someramente. La primera información que tuvo la Fiscalía General de la Nación de la ocurrencia de los hechos fue a través de una noticia periodística en la cual se transcribía una conversación telefónica entre dos ministros de Estado, interceptada por personas desconocidas, sin orden judicial previa. La Fiscalía solicitó al medio de comunicación que le remitiera las grabaciones telefónicas y, luego, inició la actividad investigativa. Se pregunta entonces la Corte: ¿Violan el derecho al debido proceso una resolución de acusación y una

3. Esta decisión de la Corte Constitucional no fue pacífica. Tres magistrados salvaron su voto¹⁷. En su criterio, si bien la prueba ilícita había sido excluida por la Fiscalía y la Corte Suprema, la prueba derivada ilícita no lo había sido. Por lo tanto, como la acusación y la condena se basaron, entre otras, en pruebas derivadas ilícitas no excluidas, se había incurrido en vía de hecho, debían tutelarse los derechos fundamentales del actor y debía proferirse una nueva sentencia previa exclusión de esas pruebas. Los fundamentos del salvamento de voto fueron los siguientes:

sentencia penal dictadas dentro de un proceso que se inició a partir de una noticia que divulgó una grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas? No. La Corte constata que la grabación no fue el fundamento de la resolución de acusación de la Fiscalía y que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia cuestionada sostuvo que la grabación era ilícita y no podía ser valorada como prueba. Así, la Sala Penal aplicó correctamente la regla de exclusión de la grabación telefónica obtenida con violación del debido proceso (apartado 4.3.2.1 del presente fallo). Se alega además que de la grabación ilícita se derivaron otras pruebas que fueron valoradas en la resolución de acusación y que no fueron excluidas en la sentencia, tales como las declaraciones de los dos Ministros a un medio de comunicación en las cuales reconocen que la conversación, en efecto, sucedió, así como los testimonios de una(s) secretaria(s) que confirmaron la existencia de llamadas telefónicas entre los dos ministros, una de las cuales fue la ilícitamente grabada. Entonces, es preciso preguntarse lo siguiente: ¿Están dichas pruebas afectadas por la ilicitud de la grabación y, por ende, han debido ser excluidas expresamente del acervo probatorio? No. Las pruebas mencionadas no son realmente derivadas de la grabación ilícita sino resultado de fuentes independientes a la misma y separadas de ella, v. gr., declaraciones autónomas de cada Ministro voluntariamente divulgadas y una inspección judicial decretada por la Fiscalía al Ministerio de Comunicaciones. Como no son pruebas derivadas de la grabación ilícita, no se les comunica a ellas la nulidad de dicha grabación (apartado 4.3.2.2 del presente fallo). Ahora bien, en gracia de discusión cabe analizar otro problema: ¿en caso de que dichas pruebas fueran también ilícitas, se incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico al no haber sido excluidas del acervo probatorio? No. Según la jurisprudencia reiterada de esta Corte para que la no exclusión de pruebas ilícitas configure una vía de hecho por defecto fáctico que dé lugar a la anulación de una sentencia se requiere que estas tengan tal grado de trascendencia que hayan sido determinantes para fundar la acusación y la condena. En este caso, dichas pruebas no solo no fueron determinantes sino que obran en el expediente otras pruebas valoradas por la Sala Penal y cuya suficiencia para fundar la sentencia condenatoria no ha sido ni cuestionada ni desvirtuada (apartado 4.3.2.2 del presente fallo). Esta Corte también analizó si todas las pruebas del acervo, sin nexo alguno con la grabación ilícita, no podían ser valoradas por la Sala Penal en conjunto con aquellas pruebas que —en gracia de discusión— podrían ser consideradas ilícitas por ser derivadas de dicha grabación. Es preciso responder el siguiente interrogante: ¿La no exclusión de unas pruebas, en gracia de discusión, ilícitas derivadas que forman parte del acervo probatorio conformado por muchas otras pruebas válidas y pertinentes hace que la sentencia sea nula? No. Esta Corte subraya que el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente a la prueba obtenida ilícitamente, no a todas las pruebas del acervo probatorio dentro del cual esta se encuentre ni a la resolución de acusación y a la sentencia basadas en dicho acervo conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes (apartado 4.2.1 del presente fallo).

¹⁷ El Magistrado Ponente fue Manuel José Cepeda Espinosa. Salvaron su voto los magistrados Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán y Clara Inés Vargas.

- a. Prueba ilícita es la obtenida directa o indirectamente sin cumplimiento de la ritualidad propia del proceso, con la vulneración de uno o varios derechos fundamentales o con la trasgresión de una prohibición constitucional o legal.
- b. Esa prueba es totalmente inadmisibile y su efecto expansivo habilita solo para valorar pruebas autónomas e independientes. De allí que la valoración de la prueba ilícita, así sea prueba derivada, vulnera el debido proceso y constituya vía de hecho. Además, la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso opera de pleno derecho, sin necesidad de declaratoria judicial.
- c. La prohibición de dar validez a la prueba obtenida con violación del debido proceso alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como a aquellas que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan o apoyan o derivan de la ilícita pues solo así se asegura que aquella no surta efecto alguno en el proceso.
- d. En el caso planteado, la acusación y la sentencia se basaron en prueba ilícita derivada. Este proceder vulnera el debido proceso y constituye vía de hecho pues la sentencia que se funde así sea en una sola prueba ilícita debe ser considerada nula.

Pese a que no se trató de una decisión pacífica, este pronunciamiento es el más importante que se ha proferido en Colombia en materia de prueba ilícita y constituye un referente obligado para cualquier aproximación que a esa temática se haga entre nosotros.

CAPÍTULO IV - ESTADO DEL ARTE DE LA PRUEBA ILÍCITA EN COLOMBIA

Como se indicó al inicio de estas reflexiones, es importante determinar el actual estado del arte de la prueba ilícita para comprender la incidencia que tiene el desarrollo que de ese tema se hace en el nuevo sistema procesal penal colombiano. Hasta este momento se ha hecho un esfuerzo para determinar cuál es el régimen de la prueba ilícita bajo la formulación original de la Constitución Política de 1991 y sus desarrollos legales y jurisprudenciales. En este acápite se hará una mirada de conjunto de esos desarrollos y se plantearán los problemas derivados de ellos. Para facilitar este esfuerzo: A. Se identificarán los ámbitos de regulación de la prueba ilícita y se determinará la incidencia que en su configuración tuvo la judicatura colombiana; B. Se plantearán dos casos recientemente resueltos por la jurisprudencia constitucional y penal con base en ese régimen; C. Se identificarán los puntos más problemáticos derivados de ese régimen y evidenciados en los casos analizados; y D. Se harán algunas reflexiones en torno a las alternativas de solución de tales situaciones problemáticas.

319

A. Ámbitos de regulación de la prueba ilícita

1. En primer lugar se debe destacar que es muy significativo que en el constitucionalismo colombiano esté expresamente consagrada la regla de exclusión de la prueba ilícita. Frente a una Carta Política con valor normativo y con efecto vinculante sobre los actos de la legislación, la administración y la jurisdicción, ello es muy importante. Mucho más en un contexto como el nuestro, históricamente ligado a sistemas paralelos de administración de justicia que hacen tábula rasa del régimen constitucional y legal de garantías.

2. No obstante, el desarrollo legal de la prueba ilícita ha sido muy deficiente al punto que se ha agotado en el mandato de rechazo de las pruebas obtenidas en forma ilegal o legalmente prohibidas, contenido tanto en el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal de 1991, como en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal de 2000. Ninguno de esos estatutos sentó un concepto de prueba ilícita, distinguió entre pruebas ilícitas principales y pruebas ilícitas derivadas, configuró criterios a seguir para efectos de la exclusión de pruebas de esta última índole, desarrolló una regla de exclusión de ese tipo de pruebas, fijó las implicaciones procesales de tal exclusión y se

pronunció sobre las consecuencias de la prueba ilícita en materia de imparcialidad y competencia del juzgador.

Estos desarrollos omitidos eran muy importantes de cara a un sistema procesal que si bien había dado entrada a la Fiscalía General de la Nación en el proceso penal colombiano, le atribuía amplísimas competencias para restringir derechos fundamentales de los ciudadanos con base en pruebas recaudadas por ella misma y en el que se propiciaban no pocos espacios para el abuso¹⁸.

320

3. Ante esta mínima regulación de la regla de exclusión de la prueba ilícita por parte del legislador nacional, esa tarea fue asumida por los jueces colombianos. Lo hicieron en ejercicio de sus competencias ordinarias, en sede del recurso extraordinario de casación, en el ámbito del amparo constitucional de los derechos fundamentales e incluso en sede de control de constitucionalidad del derecho positivo. A partir del sistema de valores, principios, derechos y deberes articulado en la Carta Política y en especial del inciso final de su artículo 29, se esforzaron por promover una concepción del sistema procesal compatible con la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales y con las exigencias de razonabilidad inherentes a la práctica probatoria y promovieron profundas reflexiones sobre la necesidad de ajustar tal práctica a esos parámetros y sobre la conceptualización de la prueba ilícita, la manera como debía operar su exclusión del proceso y las consecuencias sobrevinientes por la inobservancia de la regla de exclusión.

Esto es algo que no se debe perder de vista al momento de realizar un balance que permita determinar el estado del arte de la prueba ilícita en el proceso penal colombiano pues el punto al que se llegó no fue precisamente en razón de un régimen legal compatible con la importancia que el constituyente le dio a esa temática, sino gracias al esfuerzo responsable de la judicatu-

¹⁸ En este punto se advierte una paradoja que ha estado ligada a la evolución de nuestras instituciones jurídicas: La dicotomía existente entre los contenidos garantistas y humanistas de la Constitución Política y unos desarrollos legales conservadores, cuando no autoritarios. Así ocurrió, como se indicó en su momento, con los fundamentos del proceso penal en la Constitución Política de 1886 y el desarrollo legal que durante un siglo se hizo de tales fundamentos, y así ocurre con la regla de exclusión consagrada en el artículo 29 de la Carta Política y los mínimos desarrollos legales que de ella se hicieron en el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000.

ra. De allí que sea muy significativo advertir cómo, aun frente ante un sistema jurídico que a lo largo de toda su tradición jurídica había concentrado en el legislador la facultad de construcción del derecho positivo y había promovido una concepción pasiva de la jurisdicción, los jueces colombianos se pronunciaron sobre la ilegitimidad de las pruebas obtenidas con trasgresión de las garantías constitucionales y legales y se esforzaron por concebir un sistema de precedentes que orientara las decisiones en medio de las muy deficientes regulaciones legales.

Este es el contexto en el que debe valorarse una producción jurisprudencial tan abundante como la que se reseñó en el capítulo anterior.

B. Dos casos paradigmáticos

321

Ante las ostensibles deficiencias legislativas en materia de prueba ilícita y no obstante el profundo esfuerzo emprendido por la judicatura para superar tales deficiencias, el manejo de esa temática, como en muchos otros contextos, ha sido bastante problemático. Para comprender esa situación, a continuación se reseñan dos procesos recientemente fallados por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia y que son fiel reflejo de ese régimen legal:

1. En la Corte Constitucional no se tutelaron los derechos fundamentales de un condenado por un delito contra la administración pública a pesar de que:

- (i) la Fiscalía solicitó una grabación magnetofónica ilícita a un medio de comunicación que la tenía a su disposición, la incorporó al proceso, hizo una transcripción y en torno a ella se emitió un dictamen sobre sus concisiones de edición;
- (ii) existían pruebas que tenían relación directa o indirecta con la grabación y que se veían afectadas por la ilicitud de esta, entre ellos los testimonios rendidos por dos personas a las que en el interrogatorio se les puso de presente esa grabación y las declaraciones públicas rendidas por los involucrados con ocasión de la publicidad que se le dio a esa cinta;

(iii) se aplicó la regla de exclusión respecto de la prueba ilícita directa pero no respecto de la prueba ilícita derivada pues en unos casos las valoró expresamente y en otros las admitió tácitamente al no excluirlas expresamente; y

(iv) todos los funcionarios que tuvieron acceso al proceso, incluido el juez de conocimiento, se enteraron del contenido de la prueba ilícita pues esta, si bien había sido excluida mentalmente del proceso, materialmente seguía haciendo parte de él¹⁹.

2. En la Corte Suprema de Justicia no se casó una sentencia condenatoria proferida por el delito de secuestro extorsivo a pesar de que:

322

(i) el sentenciado, para que confesara e informara el lugar de retención de la víctima, fue torturado por agentes policiales hasta el punto que *"decidió saltar por una ventana de un segundo piso a la calle para escapar"*, pues tenía temor de ser desaparecido;

(ii) fue recogido, golpeado, arrastrado, amordazado e introducido en el baúl de un carro por tales agentes, lugar del que fue rescatado por personal del CTI;

(iii) se demostró pericialmente la incapacidad que le sobrevino al procesado como consecuencia de los actos de tortura a que fue sometido;

(iv) los agentes policiales rindieron un informe dando cuenta de la *"confesión extraprocesal"* rendida ante ellos y ratificaron tal confesión en declaraciones juramentadas;

(v) los investigadores del CTI le recibieron una versión, que se recogió en un video, y en la que *"confesó"* a pesar de no haber sido informado de sus garantías constitucionales y pese a no contar con defensor, ni con la asistencia de agentes del ministerio público;

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-159-02.

- (vi) se adujeron al proceso las declaraciones de los agentes del CTI que intervinieron en la versión;
- (vii) el informe policial, si bien fue excluido mentalmente del proceso, fue conocido por los juzgadores ya que hacía parte material del expediente, y
- (viii) las declaraciones de los policiales y de los agentes del CTI fueron valoradas como pruebas de cargo en el fallo, pese a ser prueba derivada ilícita²⁰.

Pues bien, estos casos recientes han sido resueltos de acuerdo con el régimen legal y jurisprudencial vigente en materia de prueba ilícita. Las soluciones a las que se arribó fueron, en el primer caso, no tutelar los derechos fundamentales pretendidos por el actor por vía de tutela y, en el segundo, no casar el fallo condenatorio proferido en las instancias. Estas decisiones evidencian la difícil tensión que la prueba ilícita plantea en los procesos constitucionales y penales, tensión que, como se advierte en estos casos, generalmente se soluciona a favor de la eficacia de la administración de justicia y en contra de los derechos fundamentales de los procesados. En cuanto a este sentido de los fallos hay que indicar que es indiscutible que en procesos por delitos tan graves como los indicados, la administración de justicia se debe orientar por una legítima pretensión de eficacia. No obstante, si se lo hace sacrificando de esa manera los derechos fundamentales de los procesados y desconociendo la garantía social de razonabilidad inherente a todo debate probatorio, la legitimidad del proceso penal queda muy deteriorada. Y esto es lógico pues es discutible que esos derechos se puedan asumir como fundamento y límite de los poderes constituidos si, aun frente a tales vejámenes, se mantienen incólumes las condenas proferidas.

Si todo esto puede ocurrir sin que se afecte la validez del proceso y de la sentencia en él proferida, se hace necesario revisar el alcance que la prueba ilícita tiene entre nosotros y hacerlo de tal manera que la legitimidad del proceso penal también se resienta, de manera razonable, con motivo de ella. Esto por cuanto desencadenar investigaciones penales o disciplinarias exhaustivas

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de julio de 2004.

contra los involucrados en tal ilicitud es una medida sustancialmente insuficiente si se asume que el desconocimiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita solo invalida el proceso cuando es la única prueba que fundamenta la condena o cuando, aparte de ella, no concurren otras pruebas que la soporten.

C. Identificación de aspectos problemáticos

Como se ha indicado, la mínima regulación legislativa de la regla de exclusión de la prueba ilícita, pese a los esfuerzos de la jurisprudencia orientados a superar las deficiencias derivadas de ella, plantea muchas dificultades. A continuación se procede a identificar aquellos puntos problemáticos más evidentes.

324

1. *No existe claridad sobre lo que debe entenderse por prueba ilícita*

El artículo 29 de la Carta dispone que: "*Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso*". Las lecturas jurisprudenciales que se han hecho de ese precepto superior han entendido, de manera sucesiva, que se trata de una referencia a las pruebas practicadas con violación del principio de contradicción, sin la observancia de las formalidades esenciales requeridas para la producción de la prueba, con desconocimiento flagrante de las reglas del debido proceso y con vulneración del derecho a la intimidad.

Últimamente se ha entendido que esa norma consagra una regla de exclusión en la que se han previsto las fuentes de exclusión y la sanción y como fuentes se han identificado la prueba inconstitucional o prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales y la prueba ilícita o prueba adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del procesado²¹. También se ha entendido que la referencia al debido proceso contenida en esa norma superior debe asumirse como una defensa de los derechos fundamentales y garantías ciudadanas²².

²¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-159-02.

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2004.

Ante este panorama, es evidente que no existe claridad sobre aquello que en el derecho procesal colombiano debe entenderse por prueba ilícita pues jurisprudencialmente se le ha asignado una multiplicidad de contenidos. Por ello, mucho se gana si la ley define el concepto y lo hace de tal manera que lo delimite con claridad y fije así unos parámetros que ofrezcan al menos una relativa seguridad sobre el alcance de la institución, bien sea teniendo en cuenta la jerarquía normativa del precepto normativo desconocido—caso en el que se habla de prueba inconstitucional y prueba ilegal—o el contenido de ese precepto—caso en el que se tienen en cuenta los derechos fundamentales o las formalidades sustanciales para la práctica de las pruebas—.

Con todo, debe tenerse claro que aun delimitándose legalmente el concepto de prueba ilícita, los problemas no dejarán de surgir pues si, por ejemplo, se hace una remisión a los derechos fundamentales, las dificultades interpretativas solo habrán cambiado de sede ya que entonces el alcance de la prueba ilícita dependerá de la lectura que se haga del precepto que consagra el derecho fundamental en cuestión. Para demostrar este punto baste recordar las distintas lecturas que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han hecho del artículo 15 de la Carta. Mientras para aquella, el alcance de tal derecho impide que el contenido de una conversación se registre subrepticamente por uno de los intervinientes con el fin de preconstituir pruebas judiciales²³, para esta ese derecho solo prohíbe interceptaciones de personas ajenas a la comunicación y por tanto las interceptaciones de la víctima de un delito o su autorización a los investigadores para que intercepten su teléfono son legítimas²⁴. De este modo, la existencia o no de una prueba ilícita en un proceso penal dependerá de la Corporación ante la cual se plantee el debate.

325

2. No existe claridad sobre lo que debe entenderse por prueba derivada, su exclusión y los criterios para la determinación de tal exclusión

La prueba ilícita puede ser principal o derivada. Tanto unas como otras son ilícitas y son nulas de pleno derecho, pues el Texto Fundamental no hace distinción alguna sobre el particular. No obstante, el punto atinente a la prueba

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de septiembre de 2003.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-03-97.

ilícita derivada es un tema que debe desarrollarse con detenimiento, sobre todo cuando se trata de configurar los criterios que se deben manejar con miras a su exclusión. Esto hace que se esté ante un tema muy técnico que si bien puede desarrollarse jurisprudencialmente, como lo han hecho últimamente la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, debe ser expresamente regulado por el legislador. De esta manera se suministrarían unos puntos de partida comunes, que eviten desarrollos jurisprudenciales contradictorios y que garanticen certeza en las decisiones judiciales.

3. No existe claridad sobre lo que debe entenderse por "exclusión" de la prueba ilícita.

326

Las consecuencias que la jurisprudencia constitucional²⁵ deriva de la prueba ilícita son muy claras: El rechazo de la prueba, su exclusión y la imposibilidad de valoración.

Para comprender estos efectos, hay que tener en cuenta que las actividades procesales concernientes a la prueba son la obtención, la proposición, la admisión, la producción y la apreciación.

La obtención consiste en el recaudo del elemento material probatorio. La proposición comprende el momento en el cual se solicita la prueba; en esta etapa la actividad procesal está a cargo del interviniente en el proceso penal y no del juez y constituye el ejercicio del derecho a solicitar la práctica de pruebas. La admisión comprende el estadio en el cual el juez toma la decisión de admitir la prueba propuesta por el interesado; no se trata ya de una solicitud que hace un sujeto procesal sino de un acto jurisdiccional de decisión en virtud del cual se acepta o se rechaza la petición hecha por el interesado en la prueba. La producción comprende la etapa en la cual la prueba es introducida al proceso. Finalmente, la apreciación comprende el estadio en el cual el juez valora la prueba y determina su alcance incriminatorio o absolutorio para efectos de la toma de su decisión.

Pues bien, de la actividad procesal a que remita la prueba depende el alcance de la prueba ilícita. En efecto: Los sujetos procesales deben abste-

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-159-02.

nerse de obtener elementos probatorios ilícitos y de solicitar su aducción al proceso. Pero si se solicitan, el juez debe rechazarlos. Ahora, si la prueba se solicitó y produjo, ella debe ser excluida del proceso. Finalmente, si la prueba se solicitó, se produjo y no fue excluida, su valoración es prohibida; es decir, no puede tomarse como fundamento de la decisión.

No obstante, no existe claridad en cuanto a lo que debe entenderse por exclusión de la prueba ilícita. De la jurisprudencia constitucional y penal se infiere que la exclusión se asume como una posición del órgano de decisión ante una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales o garantías constitucionales y legales. Ello explica, por ejemplo, que en el caso resuelto en la Sentencia SU-159-02, se haya tenido en cuenta que la grabación magnetofónica fue excluida por la Fiscalía, al proferir la resolución de acusación, y que también fue excluida por el juez de conocimiento al proferir la sentencia condenatoria. Es decir, en el juzgamiento se excluyó una prueba que ya había sido excluida en la instrucción. Esto solo es posible si se asume que la exclusión es una postura jurídica de una autoridad judicial ante una prueba que está en el proceso pues únicamente así es comprensible que esa prueba sea excluida tantas veces como cuantos órganos de decisión intervengan en el proceso. De acuerdo con esa lógica, nada se opondría a que una prueba excluida, por ejemplo por la Fiscalía, luego no lo sea por el juez o tribunal.

327

4. No existe claridad sobre si es o no necesario declarar expresamente la ilicitud de la prueba

En este punto, no solo existe un vacío normativo sino que, además, existe una evidente contradicción entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia penal. La Corte Constitucional ha advertido que la ilicitud de la prueba requiere pronunciamiento judicial y que ello es así por razones de seguridad jurídica²⁶. La Corte Suprema de Justicia, en cambio, y los magistrados de la Corte Constitucional que salvaron su voto en la Sentencia SU-159-02, han indicado que por ser la prueba ilícita nula de pleno derecho, no requiere declaración expresa alguna del funcionario judicial²⁷. Por lo tanto,

²⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-372 de 1997, C-093-98 y SU-159-02.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencias de 29 de agosto de 2002 y 29 de mayo de 2003.

este es un tema que también debe abordarse legalmente pues la disparidad de criterios puede resultar muy costosa en casos específicos y coloca ante supuestos de violación del derecho fundamental de igualdad.

5. El desconocimiento de la regla de exclusión, como regla general, no produce consecuencias procesales

Como se indicó en precedencia, de acuerdo con la doctrina vigente, las siguientes son las consecuencias que se presentan cuando en un proceso no se aplica la regla de exclusión de la prueba ilícita y se dicta un fallo condenatorio:

328

- a. En sede de casación: Si se excluye mentalmente la prueba ilícita y si a pesar de ello concurren otras pruebas en las que puede apoyarse la condena, la sentencia no tiene por qué casarse y queda en firme. Pero si, una vez excluida mentalmente la prueba ilícita, no concurren otras pruebas en las que pueda apoyarse la condena, debe dictarse un fallo de reemplazo y hay que absolver al procesado.
- b. En sede de tutela: Si la prueba ilícita no fue excluida, se tuvo como fundamento para la sentencia y, prescindiendo de ella, concurren otras que fundamenten la condena, no existe vía de hecho y no hay lugar al amparo de los derechos fundamentales del actor. Pero si la prueba ilícita no fue excluida, se tuvo como fundamento del fallo y no concurren otras pruebas que soporten la condena, existe vía de hecho por violación del derecho fundamental al debido proceso, hay lugar al amparo del derecho fundamental vulnerado y el proceso debe regresarse al juez de conocimiento para que profiera un nuevo fallo.

La consecuencia de este régimen del desconocimiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita es muy clara: Si una sentencia tuvo como fundamento pruebas ilícitas y otras lícitas, es una sentencia válida y ella resulta inquestionable por vía de casación y tutela. Es decir, como un fallo condenatorio siempre está soportado en pruebas adicionales a aquella afectada de ilicitud, es sumamente difícil que se case una sentencia condenatoria por haber tenido pruebas ilícitas como uno de sus fundamentos y tampoco es posible el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso como consecuencia de la inaplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

6. No existe claridad sobre la pérdida de imparcialidad del juzgador que no aplica la regla de exclusión y que se entera del contenido de la prueba ilícita

Como se ha indicado, existe claridad en cuanto al alcance de la regla de exclusión de la prueba ilícita frente a los momentos de obtención, proposición, admisión, producción y aprobación: Los sujetos procesales deben abstenerse de obtener y solicitar pruebas de esa índole y si se solicitan, el juez debe rechazarlas; si la prueba se solicitó y produjo, ella debe ser excluida del proceso y, por último, si la prueba se solicitó, se produjo y no fue excluida, su valoración es prohibida y no puede tomarse como fundamento de la decisión.

No obstante, cuando en un proceso se solicitó y produjo una prueba ilícita y fue excluida mentalmente y mucho más cuando no lo fue, se produce una situación que no ha sido advertida por las líneas jurisprudenciales atrás indicadas: El juez que se enteró del contenido de la prueba ilícita queda afectado por su alcance incriminatorio y, en esas condiciones, ya no puede garantizar el derecho del procesado a un juicio con todas las garantías pues esa prueba, así sea de manera deliberada, incidirá en la decisión por tomar. Es decir, tal funcionario ya no puede ser imparcial frente a los hechos sometidos a su juzgamiento. Además, tal situación afecta la presunción de inocencia pues si bien nada impide que el juez desvirtúe tal presunción, sí debe cuidarse de hacerlo con base en pruebas lícitas y no en pruebas ilícitas. Mucho más si al acusado le resulta en extremo difícil defenderse de la fuerza incriminatoria de una prueba prohibida.

329

Por lo tanto, esta situación también debería ser objeto de regulación legal en el sentido de disponer que el juez que no excluyó una prueba ilícita o aquel que la excluyó mentalmente, en aquellos casos en que se deba repetir el juicio, deben, hacia futuro, apartarse del conocimiento del proceso.

D. Alternativas de solución

Identificados los aspectos problemáticos generados por el actual régimen legal y jurisprudencial de la regla de exclusión de la prueba ilícita, a continuación se proponen algunas alternativas de solución en relación con tales aspectos.

1. Sobre la noción de prueba ilícita

En nuestro criterio, la norma superior señala un supuesto fáctico y a ese supuesto le asigna una consecuencia jurídica. El supuesto es la obtención de pruebas con violación del debido proceso y la consecuencia jurídica es la nulidad de pleno derecho de la prueba así obtenida.

En ese marco, prueba obtenida con violación del debido proceso es aquella que está afectada por una anomalía de tal índole que ni siquiera surge a la vida jurídica y que, por lo mismo, no tiene ninguna fuerza incriminatoria. Y esto puede suceder por dos razones: De un lado, porque en la obtención de la prueba se desconocieron derechos fundamentales del procesado y, de otro, porque en la obtención de la prueba se desconocieron las formalidades esenciales requeridas para la producción de la prueba.

Si bien la Carta Política colombiana dispone que es nula la prueba obtenida con violación del debido proceso, la interpretación constitucionalmente adecuada de tal disposición debe tener como parámetro de referencia los derechos fundamentales del acusado y la carga de razonabilidad que le incumbe al Estado en la práctica de la prueba. Por lo tanto, si bien en esa norma superior se habla únicamente de violación del debido proceso, lo que a través de ella se consagra es la intangibilidad de las garantías constitucionales de trascendencia procesal en la aducción de la prueba. Por eso, la lectura de la expresión debido proceso debe hacerse en el entendido de que no solo se proscribe la violación de ese derecho fundamental en la obtención de las pruebas, sino entendiendo que se proscribe la violación de cualquier garantía fundamental en la averiguación de la verdad. Además, en esa proscripción no solo quedan comprendidas las pruebas practicadas con violación de los derechos fundamentales de trascendencia procesal sino también las pruebas obtenidas con desconocimiento de las formalidades legales esenciales para la práctica de los distintos elementos de convicción, pues tales formalidades garantizan la legítima aducción de la prueba y facilitan el ejercicio del derecho de contradicción.

Este dimensionamiento de la prueba ilícita permite comprender que si se incurre en una de esas irregularidades proscritas por el constituyente, se impide el surgimiento de la prueba en el universo jurídico y por ello no es apta para demostrar la responsabilidad del procesado. De igual manera, permite comprender que si la irregularidad en que se incurrió en el proceso de pro-

ducción de la prueba no implica la violación de derechos fundamentales ni el desconocimiento de las formalidades esenciales para la producción de la prueba, la así obtenida es una prueba lícita, que nace a la vida jurídica y que lo hace con un yerro que debe someterse a los mecanismos de corrección previstos en el ordenamiento jurídico.

Esta nos parece la interpretación constitucionalmente adecuada de la regla de exclusión de la prueba ilícita pues si bien allí se habla de la prueba obtenida con violación del debido proceso, sin hacer distinción alguna, no se podría asumir que cualquier irregularidad en la práctica de la prueba que afecte el debido proceso es susceptible de generar prueba ilícita. Una lectura de esta índole conduciría al sacrificio irrazonable del principio de eficacia de la administración de justicia y constituiría una negación de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

331

De acuerdo con lo expuesto, es conveniente una consagración legal de la prueba ilícita y de la regla de exclusión que sea compatible con las dos modalidades ya indicadas y que evite una ampliación del concepto al punto de tornar también inexistentes las pruebas obtenidas con desconocimiento de formalidades que no resultan esenciales para la práctica de la prueba pues de procederse de esta manera se caería en un rigorismo exagerado, que conduciría al sacrificio desproporcionado de la verdad y de la justicia como fines del proceso penal de una democracia constitucional.

2. Regulación de la prueba derivada, su exclusión y criterios para tal exclusión

Es necesaria una regulación legal expresa de la prueba ilícita, principal y derivada, su exclusión y los criterios para tal exclusión, pues, si bien existen desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, por tratarse de un tema tan sensible a los derechos fundamentales y a la legitimidad de las actuaciones procesales, es conveniente su consagración positiva. Mucho más si el tema más polémico y controvertido en materia de prueba ilícita está determinado precisamente por el alcance de la regla de exclusión de la prueba ilícita derivada.

Además, es conveniente que se establezcan límites a los criterios de determinación de la prueba derivada ilícita pues, de no ser así, es posible que, como ha ocurrido en otros contextos, reiteradamente se configuren excepcio-

nes a la exclusión de la prueba derivada ilícita que terminen por desvirtuar el mandato constitucional.

3. La exclusión de la prueba ilícita

Desde nuestro punto de vista, la exclusión no es la posición jurídica y mental que una autoridad judicial asuma ante una prueba ilícita. Es una consecuencia que la Constitución le impone a la prueba obtenida con violación del debido proceso y que tiene dos manifestaciones.

332

En primer lugar, la exclusión es una exclusión jurídica. Es decir, la prueba ilícita no está llamada a hacer parte del proceso y, si se aduce a él, no puede producir ningún efecto jurídico. Si la razón de ser de una prueba es la demostración de hechos relevantes en el proceso, la consecuencia de la ilicitud de la prueba es que ella, por reputarse inexistente, no puede tomarse como punto de apoyo para demostrar ningún hecho relevante. En otras palabras, una prueba ilícita no prueba nada ya que de prueba sólo tiene el nombre.

En segundo lugar, la exclusión es una exclusión material. Esto es comprensible. Si una prueba ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales y si por ese motivo no puede utilizarse para demostrar ningún hecho relevante, no tiene nada que hacer en el proceso. Por ello, toda la prueba ilícita que llegue a aducirse al proceso y la de ella derivada, debe ser sustraída materialmente del expediente, no debe hacer parte de él. Debe desalojarse de los medios de reproducción de la actuación, cualesquiera que ellos sean. Si la exclusión no se entiende también en un sentido material, la exclusión jurídica no tiene razón de ser: De nada sirve aclamar la ilicitud de una prueba si ella sigue haciendo parte del proceso y si todo funcionario que acceda a él puede contaminarse con su ilícita aptitud incriminadora. No basta con que el funcionario que accede a una prueba afirme que ella no será el fundamento de su decisión por tratarse de una prueba ilícita. Se exige que ese funcionario no conozca esa prueba pues una vez conocida resultará imposible que él se despoje de su potencia incriminadora.

4. Sobre la declaración de ilicitud de la prueba

En nuestro criterio, de la regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita no debe hacerse una lectura textual; es decir, no se debe asumir que el

constituyente positivizó como norma suprema el criterio que durante mucho tiempo se manejó en la praxis judicial en el sentido de que la inexistencia de actos procesales no requería declaración judicial. No. Creemos que para determinar el alcance de esa disposición no deben tenerse en cuenta esas prácticas judiciales de otros tiempos, sino que, en su lugar, se deben tener en cuenta los postulados, los criterios, las etapas y los principios propios de la interpretación judicial del derecho con que se cuenta en el actual momento de la cultura jurídica²⁸.

Si se procede de esta manera, se advierte que, por más que se esté ante una prueba nula de pleno derecho, la dinámica del proceso penal impone que sobre ella se haga una declaración judicial previa pues sobre ese punto las partes alientan expectativas legítimas que deben resolverse. En efecto, si una prueba ilícita ya hace parte del proceso, el juez debe tomar la decisión de excluirla y debe hacerlo de manera que las partes se enteren de esa decisión pues en estas no se puede dejar la incertidumbre de saber si el juzgador, al momento de fallar, tomará o no la decisión de excluir una prueba del proceso. Esta expectativa de las partes, ante el silencio del juez, es contraria al principio de lealtad procesal pues ellas tienen derecho a conocer con anticipación las pruebas con base en las cuales se emitirá la decisión; es decir, a percatarse de qué elementos de convicción serán apreciados para dictar sentencia. Un pronunciamiento expreso sobre ese particular delimita el ámbito del debate previo a la sentencia y determina el margen de maniobra de las partes procesales.

333

²⁸ Un excelente trabajo sobre los parámetros que actualmente rigen la interpretación judicial del derecho es el realizado por los profesores Rodrigo Uprimny Yepes y Andrés Abel Rodríguez Villabona. Distinguen entre postulados de la interpretación, criterios de la interpretación y etapas de la interpretación. Los postulados son la limitación jurídico-normativa o postulado de la universalidad, el postulado de la armonía sistémica o de la lealtad al ordenamiento, el postulado de la adecuación social o de la búsqueda de la justicia material y el postulado de la transparencia en el proceso interpretativo o el deber de responsabilidad judicial. Los criterios de la interpretación son el gramatical, el lógico, el histórico, el sistemático, el teleológico, el pragmático-consecuencialista, el valorativo y de ponderación de intereses y el del precedente. Las etapas de interpretación son la preinterpretativa, la interpretativa y la posinterpretativa. Tales postulados, criterios y etapas se armonizan y potencian a través del equilibrio reflexivo como fundamento teórico. Rodrigo Uprimny Yepes y Andrés Abel Rodríguez Villabona. *Interpretación judicial. Módulo de Autoformación*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2003.

5. Las consecuencias del desconocimiento de la regla de exclusión

Que una sentencia que tuvo como fundamento pruebas ilícitas y otras lícitas, sea casi siempre una sentencia válida e incuestionable por vía de casación y tutela, es algo que, en principio, resulta explicable en relación con ese recurso pero infundado en relación con este mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

334 Esta consecuencia es explicable en sede de casación: Como de acuerdo con la dinámica de este recurso extraordinario, la ilicitud de la prueba debe alegarse como error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación de una prueba y no como causal de nulidad del proceso, la consecuencia inexorable es que, de reconocerse la existencia de prueba ilícita y de acreditarse la ausencia de otras pruebas que fundamenten la condena, la única decisión posible será dictar, como fallo de reemplazo, una absolución. Por ello, si existe prueba ilícita y concurren también otras pruebas que soporten la condena, como ocurre siempre, el fallo se mantiene.

Esta solución extrema, consecuente con el rigor de la casación, impide alternativas de solución que resulten más razonables en aquellos casos en que se han practicado pruebas con violaciones graves de derechos fundamentales pero existen otras pruebas que soporten el fallo. Es decir, impide que se consideren mecanismos que permitan restablecer el derecho a un proceso con todas las garantías. Por ello, aun frente a condenas basadas también en pruebas ilícitas, la solución es siempre la de mantener vigente el fallo condenatorio.

En sede de tutela, la situación es diferente pues como, en caso de inaplicación de la regla de exclusión, el juez constitucional no está abocado a proferir un fallo absolutorio, no existen razones que justifiquen la drástica postura de la Corte Constitucional. Por ello, si esta Corporación advierte que una sentencia condenatoria tuvo como uno de sus fundamentos pruebas ilícitas por graves vulneraciones de derechos fundamentales, su deber es restablecer la vigencia del derecho fundamental al debido proceso que ha sido vulnerado y disponer que se emita un nuevo fallo, desde luego, previa exclusión jurídica y material de la prueba prohibida.

Por estos motivos, creemos que el criterio de acuerdo con el cual la no exclusión de la prueba ilícita solo es relevante si es el fundamento único de la sentencia o si la prueba restante no es suficiente para soportar la condena, debe replantearse pues deslegitima el proceso penal al permitir que este sea válido en todos aquellos supuestos en que se han practicado pruebas con graves violaciones de derechos fundamentales pero sin que hayan sido el único fundamento de la condena. Además, con base en tal doctrina, es posible que algunos organismos de investigación asuman que no hay inconvenientes para practicar pruebas con vulneración de derechos fundamentales y para aducirlas a los procesos pues solo habría que cuidar que esas pruebas no sean el fundamento único de la sentencia.

Por ello, creemos que, en sede de casación y frente a la legislación vigente, atendiendo las graves vulneraciones de derechos fundamentales como uno de los ámbitos específicos de la prueba ilícita, podría examinarse la posibilidad de asumir esos supuestos como actos irregulares que sí afectan la validez del proceso. Esto por cuanto el proceso penal de hoy se orienta, entre otras cosas, a garantizar el respeto de las garantías constitucionales de quienes en él intervienen y es claro que cuando se practican pruebas ilícitas, esta teleología procesal se desconoce. Por este camino, sería posible invalidar la actuación y retrotraerla para que se dicte un nuevo fallo, en el que no se tengan en cuenta, ni mental ni materialmente, las pruebas ilícitas. Desde luego, esta alternativa implicaría una concepción más flexible del recurso extraordinario de casación de tal manera que los debates inherentes a la prueba ilícita puedan plantearse también, cuando esa ilicitud deviene de la grave vulneración de derechos fundamentales, por vía de la causal tercera.

En esa dirección, si se tiene en cuenta que las causales de nulidad están constituidas por la incompetencia del juez, la vulneración del debido proceso y la vulneración del derecho de defensa; las irregularidades planteadas por la prueba practicada con grave violación de derechos fundamentales bien pueden adecuarse a la segunda causal pues son evidentes, por una parte, la vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías y, por otra, la pérdida de imparcialidad del juzgador como contenido de tal derecho fundamental. En cuanto a lo primero, afirmar la validez de un proceso en el que la condena se basó en pruebas lícitas e ilícitas es la negación del derecho a un proceso con todas las garantías y esto es así, desde luego, con independencia de la responsabilidad que pueda asistirle al acusado. Y en cuanto a lo segundo, es

legítimo que el juez concluya que en el proceso se ha desvirtuado la presunción de inocencia pero a él le es exigible que llegue a tal conclusión con base en pruebas lícitamente practicadas, pues si lo ha hecho también con base en pruebas ilícitas su imparcialidad ha sido comprometida por los preconceptos forjados a partir de la prueba prohibida y de los cuales no puede prescindir mediante un acto mental de exclusión de tal prueba.

336

Situaciones de este tipo han sido aceptadas como modalidades de vulneración del derecho fundamental al debido proceso por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, por ejemplo, al advertir que la detención de un testigo para obtener su testimonio afecta la fiabilidad de la prueba así obtenida e implica la vulneración del derecho a un juicio justo²⁹ y al advertir que la imparcialidad del juez, como derecho absoluto, está íntimamente vinculada a la presunción de inocencia³⁰. También situaciones de este tipo han sido consideradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, al considerar que de su función también hace parte el determinar si fue justa la forma en que fue producida la prueba en un proceso penal³¹.

De admitirse esta alternativa, se tendría lo siguiente: Si el juez no aplicó la regla de exclusión y dictó sentencia condenatoria con base en la prueba ilícita, se debe realizar un esfuerzo de ponderación entre la eficacia de la administración de justicia penal y la exigencia de respeto de los derechos fundamentales del procesado como presupuesto de una decisión legítima. Ese esfuerzo debe orientarse a que se produzca una relación de equilibrio en el grado de realización de cada uno de esos principios y a evitar un sacrificio desproporcionado de uno de ellos en razón de la realización del otro. De este modo,

- a. Si la afeción de los derechos fundamentales es leve, se debe dejar el fallo condenatorio en firme, así no exista prueba independiente de cargo. Una decisión en sentido contrario, es decir, anulando el fallo, se muestra desproporcionada ya que plantea un sacrificio injustifi-

²⁹ Comité de Derechos Humanos de la ONU, caso Campbell contra Jamaica, párrafo 6.4 (1993).

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Martín de Mejía contra Perú, párrafo 209 (1996).

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bámaca Velásquez, párrafo 189 (2000).

cado de los principios de justicia material y eficacia de la administración de justicia.

- b. Si la ilicitud es grave y existe prueba independiente de cargo, se debe anular la sentencia, hay que excluir materialmente la prueba y remitir el proceso a otro juez para que dicte un nuevo fallo, en el sistema procesal vigente.

Se debe replantear la tesis de acuerdo con la cual la condena apoyada en prueba ilícita solo se invalida si es el fundamento único del fallo o si prescindiendo de ella no hay prueba para condenar pues, independientemente de esas circunstancias, una prueba practicada con grave violación de derechos fundamentales, al utilizarse como uno de los fundamentos de una condena, plantea la vulneración del debido proceso tanto por desconocer el derecho a un juicio con todas las garantías, como por comprometer la imparcialidad del juzgador y la presunción de inocencia.

337

Con esta decisión se asegura que la sentencia sea dictada por un juez no afectado por la prueba ilícita, se impide un sacrificio desproporcionado de los derechos fundamentales del procesado, se legitima el proceso penal y se irradia un mensaje de transparencia en las instituciones del sistema penal.

- c. Finalmente, si la ilicitud es grave y no existe prueba independiente de cargo, se debe absolver. En este caso la gravedad de la vulneración de derechos fundamentales planteada por prueba ilícita y la ausencia de prueba que demuestre la responsabilidad del acusado, impiden que el fallo condenatorio quede incólume. Por ello, ante la inexistencia de pruebas de cargo independientes que justifiquen la emisión de un nuevo fallo, no tiene sentido remitirlo al juez de conocimiento y la absolución resulta imperativa. En este punto, es completamente aplicable la línea jurisprudencial vigente de la Corte Suprema de Justicia.

Desde luego, esta propuesta plantea el problema relacionado con los criterios con base en los cuales se debe determinar la levedad o gravedad de la vulneración de derechos fundamentales inherente a la prueba ilícita. Sin desconocer que no es una tarea fácil, debe admitirse que es posible y que para ello deben tenerse en cuenta los criterios doctrinarios y jurisprudenciales

elaborados en los test planteados por toda aplicación del principio de proporcionalidad, mucho más si de lo que se trata es de determinar la ilegitimidad constitucional de un proceso practicado con vulneración de derechos fundamentales. Es cierto que en el ámbito del derecho procesal penal el principio de proporcionalidad ha tenido menores niveles de aplicación que los que se observan en el derecho penal sustancial. No obstante, esto no implica que tal aplicación no sea posible y que no se hayan ya identificado importantes criterios con miras a ello, tal como se advierte en el siguiente autorizado pasaje doctrinario:

338

"... se puede hablar de un principio de proporcionalidad en sentido amplio, en el cual cabe distinguir los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres subprincipios en que se descompone el principio de proporcionalidad en sentido amplio, se consideran requisitos intrínsecos de toda medida procesal penal restrictiva de derechos fundamentales, exigibles tanto en el momento de su previsión por el legislador como en el de su adopción por el órgano correspondiente y en el período de su ejecución. El respeto del principio de idoneidad exigiría que las restricciones de los derechos fundamentales previstas por la ley sean adecuadas a los fines legítimos a los que se dirigía y que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa y cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación. Es decir, el examen de la idoneidad no se agota en la comprobación de la aptitud abstracta de una determinada medida para conseguir el fin pretendido, ni en la adecuación objetiva de la misma teniendo en cuenta las circunstancias concretas, sino que también requiere el respeto del principio de idoneidad por parte del órgano que decreta la medida, el cual no podrá perseguir una finalidad distinta de la prevista por la ley. En este sentido, acordar la entrada y el registro en un determinado domicilio solo serán aptos si de lo que se trata es de recoger pruebas, y así se deduce de la propia ley.

En virtud del principio de necesidad, el órgano correspondiente ha de elegir de entre aquellas medidas que resulten igualmente aptas para la satisfacción del fin perseguido, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos.

Finalmente, la vigencia del principio de proporcionalidad en sentido estricto implica comprobar si el sacrificio de los intereses individuales que comporta toda injerencia, guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se intenta salvaguardar.

Por lo tanto, en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la respectiva medida habrá de ponderar los intereses en conflicto, que no son otros que los intereses del individuo frente a los intereses del Estado. ¿Pero qué ha de entenderse por intereses del Estado? En primer lugar, podemos afirmar que no cabe duda de que el proceso penal se considera generalmente un instrumento necesario para la protección de los valores del derecho penal, cuya función principal consistiría en dotar al Estado de un cauce preestablecido para el ejercicio del ius puniendi. Es decir, la finalidad de estas medidas restrictivas de derechos se orientaría a permitir a los órganos del Estado la satisfacción de los fines propios del derecho material, dando respuesta al interés de persecución penal que existe en este ámbito y que se contrapone al ius libertatis de todo individuo. Por lo tanto, el interés de persecución penal forma parte de los intereses del Estado, pero junto con él, que es el que mayor importancia adquiere, a través del proceso penal se satisfacen otros intereses: interés en la protección de los derechos fundamentales del individuo, interés en la tutela de otros bienes constitucionalmente protegibles, interés en el correcto desarrollo del proceso y en adecuado funcionamiento de las instituciones procesales. Si bien la determinación del contenido de estos intereses que acabamos de enumerar no plantea demasiados problemas, no ocurre lo mismo con el interés de persecución penal, por lo que nos tendremos que preguntar qué criterios son los que han de tenerse en cuenta para la mediación de dicho interés... Los criterios que utiliza la doctrina procesalista alemana como indicadores del interés estatal... son los siguientes: consecuencia jurídica, importancia de la causa, grado de imputación y éxito previsible de la medida.

En toda ponderación existen dos términos, así que una vez analizado uno de los términos a tener en cuenta en el examen de proporcionalidad en sentido estricto –los intereses del Estado–, cabe preguntarse por el segundo término, que no es otro que el contenido de los intereses del individuo. En principio esto se resume en uno: el mantenimiento de su ius libertatis entendido como pleno disfrute de sus derechos fundamentales.

Si una vez ponderados los intereses estatales, el sacrificio de los intereses individuales resulta desproporcionado y no exigible al individuo, la medida habrá de reputarse inconstitucional, aun cuando reúna los requisitos de idoneidad y necesidad”³².

340

Claro, no puede desconocerse que la aplicación del principio de proporcionalidad generalmente plantea una tensión entre derechos fundamentales que se someten a restricciones legítimas y otros intereses constitucionalmente valiosos, como ocurre, por ejemplo, con la determinación de la procedencia de la medida de aseguramiento; en tanto que en el caso que se plantea se está, con ocasión de pruebas ilícitamente practicadas, ante una tensión entre restricciones ilegítimas de derechos fundamentales y fines constitucionales valiosos como la eficacia de la administración de justicia, por ejemplo. No obstante, en nuestro criterio, también en tal supuesto es posible aplicar el principio de proporcionalidad y hacerlo a la manera de un juicio de trascendencia que permita determinar las implicaciones de tal ilícita restricción y concluir si en razón de la gravedad de tal ilegítima restricción debe haber lugar o no a la anulación del proceso con miras a garantizar la realización equilibrada de sus fines constitucionales del proceso penal de hoy.

Como puede advertirse, entonces, existen fundamentos para reformular el tratamiento, en sede de casación, de la no aplicación de la regla de exclusión y para extender, en sede de tutela, el ámbito de protección de los derechos fundamentales vulnerados con ocasión de tal inaplicación.

³² Teresa Aguado Correa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999. Pág. 97 a 100.

Esta solución: (i) promueve que la Policía Judicial y la Fiscalía practiquen pruebas solo con respeto de los derechos fundamentales y de las formalidades sustanciales; (ii) lleva al estricto cumplimiento de las funciones judiciales relacionadas con el proceso de solicitud, admisión, práctica y valoración de la prueba y (iii) impide la validez de un proceso en el que se han violado derechos fundamentales.

Ahora, frente a la nueva legislación, las dificultades relacionadas con el tratamiento, en sede de casación, de la no aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, se mantienen. Esto es así por cuanto en el nuevo sistema procesal se prevé que ese recurso extraordinario, como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia cuando afecten derechos o garantías fundamentales por: (i) falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso; (ii) desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes; (iii) el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia y (iv) por la ilegalidad de la reparación integral señalada en la sentencia: (Artículo 181 de la Ley 906 de 2004).

341

De este modo, en sede de casación el cuestionamiento de la sentencia por la inaplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita deberá hacerse por vía de la causal tercera. No obstante, la redacción de esta causal no es muy afortunada pues recoge el criterio vigente de la jurisprudencia penal, de acuerdo con el cual solo hay lugar a casar el fallo si la prueba ilícita es el fundamento de la sentencia y, aparte de ella, no existen otras pruebas que fundamenten la condena.

En las condiciones expuestas, las consideraciones que aquí se han planteado en relación con el régimen consagrado en la Ley 600 de 2000 resultan también aplicables al sistema procesal desarrollado por la Ley 906 de 2004, pues si la prueba ilícita no ha sido el fundamento de la sentencia, la jurisprudencia deberá considerar la posibilidad de que se plantee la casación del fallo basado en prueba lícita e ilícita por la afectación de las garantías debidas al acusado y en especial por afectación del derecho a un juicio con todas las

garantías, a la imparcialidad del juzgador y a la presunción de inocencia. Con mayor razón si en el nuevo sistema procesal, la finalidad de la casación también tiene que ver con el respeto de las garantías de los intervinientes en el proceso penal, si tal recurso se concibe como control constitucional y legal del fallo y si procede contra sentencias que afectan derechos o garantías fundamentales.

De admitirse esta posibilidad y de prosperar el cargo por imponerse, en el caso concreto, los intereses del acusado sobre los intereses estatales, se anulará el juicio y no la sentencia pues los principios de oralidad, contradicción, concentración, inmediación y publicidad que rigen la práctica probatoria tornan imposible la remisión a otro juez para el solo hecho de la emisión de la sentencia.

342

6. Prueba ilícita, derecho a un proceso con todas las garantías e imparcialidad del juzgador

La exclusión de la prueba ilícita por el juez de conocimiento tiene sentido en un sistema acusatorio con jurado popular pues el juez que excluye la prueba no es quien decide sobre la inocencia o responsabilidad del acusado. En cambio, la exclusión de la prueba ilícita por el juez de conocimiento en un modelo que funciona sin jurado y sin control judicial previo de la acusación es problemática pues entonces el mismo juez que excluye la prueba, y que se afecta con su potencia incriminadora, es quien decide. De este modo, en el primer modelo, la aplicación de la regla de exclusión por un juez diferente del jurado garantiza la imparcialidad de este como órgano de decisión. En el segundo modelo, en cambio, la aplicación de la regla de exclusión por el mismo juez que decide sobre la responsabilidad o inocencia del acusado no garantiza su imparcialidad.

De allí que en este modelo deban diseñarse mecanismos orientados a respetar el derecho del procesado a un juicio con todas las garantías, pues este derecho, como bien lo expone el profesor García Valencia, *"significa que debe adelantarse con el respeto y satisfacción de todas aquellas que integran el debido proceso. No se circunscriben las condiciones de validez constitucional del juicio que se desarrolle con sujeción de las garan-*

tías de oralidad, publicidad, contradicción, inmediación y concentración, sino que se requiere, además, que se hayan respetado y dejado a salvo todas las demás garantías que integran la garantía fundamental del debido proceso"³³.

Por ese motivo, en nuestro sistema procesal, en los casos en que el juez de conocimiento tuvo acceso al contenido de la prueba ilícita y ordenó su exclusión, debe apartarse del proceso pues solo de esa manera se asegura que el juzgamiento sea adelantado y la sentencia proferida por un juez no afectado por la fuerza incriminatoria de esa prueba y sin afecciones ilegítimas del principio de presunción de inocencia. De igual manera, en los casos en que el juez de conocimiento tuvo acceso al contenido de la prueba ilícita, no ordenó su exclusión, profirió el fallo y se está ante uno de aquellos eventos en que la sentencia debe anularse, el nuevo juzgamiento debe adelantarse por un juez diferente. Esto por cuanto la supresión mental de la prueba ilícita y de la derivada de ella es imposible: Una vez conocido su contenido, el juez no puede despojarse de ese conocimiento y, así sea de manera deliberada, incidirá en la decisión por tomar.

343

En suma, es necesaria una regulación legal clara que especifique la noción de prueba ilícita, principal y derivada, sus consecuencias y las excepciones a tales consecuencias cuando se trata de prueba derivada; que regule los aspectos procesales de la prueba ilícita como su exclusión expresa, jurídica y material y la pérdida de competencia del juez que no la excluyó. Además, por vía jurisprudencial, podrían desarrollarse, de manera compatible con los fundamentos del Estado social de derecho colombiano, las consecuencias de la no aplicación de la regla de exclusión.

³³ Jesús Ignacio García Valencia. *Aproximación al sistema acusatorio*. Colección de Estudios Breves. No. 4. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2003. Pag. 56.

CAPÍTULO V - RÉGIMEN EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

A. Acto Legislativo 03 de 2002

1. El nuevo proceso penal: ¿réplica del sistema acusatorio norteamericano?

344

Por medio del Acto Legislativo 03 de 2002 se reformaron los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política para adoptar el sistema acusatorio. No obstante, un sistema procesal no es acusatorio porque el encabezamiento de una reforma constitucional así lo diga sino porque de la estructura básica de investigación y juzgamiento consagrada en la Carta Política y en la ley se infiera un sistema procesal de justicia penal con un punto de equilibrio entre garantismo y eficientismo que sea capaz de aproximarse razonablemente a la verdad y de realizar la justicia mediante el respeto del derecho del imputado a un juicio con todas las garantías, la realización de los derechos de las víctimas y la atención legítima de las demandas sociales de justicia planteadas por el delito.

Si esto es así, es claro que en el nuevo proceso penal colombiano existen características propias del sistema acusatorio: separación de las funciones de investigación y acusación de las de juzgamiento, control judicial de la limitación de derechos fundamentales, principio de oportunidad y juicio orientado por los principios de oralidad, contradicción, concentración, inmediación y publicidad. Con todo, también es evidente que en el nuevo proceso penal colombiano se echan de menos instituciones básicas de ese sistema, como ocurre con el control judicial de la acusación y el jurado popular. De él hacen parte también instituciones características del sistema inquisitivo: un investigador con facultad de restringir derechos fundamentales como atribución constitucional propia, una potestad investigativa que antes de la formulación de la imputación se ejerce sin límites temporales y una defensa disminuida y a la que no se le reconocen mayores funciones investigativas. Finalmente, se trata de un sistema procesal en el que tiene cabida el Ministerio Público, al que por mandato constitucional le corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

Luego, una mirada de conjunto al nuevo sistema procesal penal colombiano, que no pierda de vista los estándares internacionales de justicia penal, suministra razones para afirmar que si bien se ha afianzado el carácter acusatorio del sistema, también se ha prescindido de otras instituciones que son de la esencia de ese sistema procesal, que se mantienen también otras figuras de corte claramente inquisitivo y que en él hay lugar también para la víctima y para un Ministerio Público independiente de la Fiscalía General de la Nación.

De este modo, quizá contra la pretensión alentada por quienes promovieron la reforma constitucional del sistema procesal penal y su desarrollo legal, no es cierto que el sistema resultante constituya una réplica del modelo procesal estadounidense pues aquel, a la luz de la Carta Política como sistema normativo, del bloque de constitucionalidad y de la jurisprudencia constitucional y penal, adquiere una fisonomía particular que termina por darle una identidad propia.

Por ello, no es afortunada la postura de quienes advierten en el nuevo proceso penal la estructura y la dinámica inherentes al cuestionado "*adversarial system*" norteamericano, en el que, de acuerdo con doctrina muy autorizada³⁴, el cumplimiento de las reglas procesales ha llegado a asumirse casi como el fin único del proceso, con manifiesto olvido del conocimiento de la verdad como presupuesto para la emisión de decisiones justas; en el que la concepción que se tiene del proceso es la de una disputa entre dos protagonistas que agotan todos los medios para ganar, que dirigen el proceso y manipulan la práctica probatoria; en el que el juez asume solo un papel contemplativo, que confunde la imparcialidad con la pasividad y que se desentiende de todo compromiso en la averiguación de la verdad y la realización de la justicia; en el que se cae en la ironía de consagrar un amplio régimen de derechos para el procesado y de desconocerlos el 90% de los casos gracias a la renuncia del imputado al derecho a un juicio con todas las garantías; en el que se ha

³⁴ Es abundante la literatura especializada en la que se toma una posición crítica respecto del modelo de justicia penal norteamericano. En tal sentido, por ejemplo, Pizzi, William. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*. Traducido por Carlos Fidalgo Gallardo. Madrid: Tecnos, 2004. De igual manera, aunque con menor intensidad, Fletcher, George. *En defensa propia*. Traducido por Francisco Muñoz Conde y Fernando Rodríguez Marín. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992 y *Las víctimas ante el jurado*. Traducido por Juan José Molina Ariza y Antonio Muñoz Aunión. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

llegado a una evitación sistemática del juicio gracias a un sistema en el que se fuerzan negociaciones anticipadas para no asumir los costos y los "riesgos" inherentes al juicio ante el jurado y en el que se reniega de los derechos de las víctimas de las conductas punibles.

346

Para nuestra manera de ver las cosas, las modificaciones introducidas a tres disposiciones constitucionales, independientemente del querer de sus gestores, entraron a hacer parte de un sistema jurídico que dota al proceso penal de una estructura básica orientada al descubrimiento de la verdad, a la realización de la justicia, al respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes y a la flexibilización razonable de las normas sustanciales³⁵. Es decir, la reforma entró a hacer parte de una estructura básica de acusación y juzgamiento que se orienta a la realización de claros fines constitucionales, fines que determinan los roles por cumplir en el proceso penal y que dotan de una racionalidad propia a todas sus instituciones, incluida, desde luego, la exclusión de las pruebas ilícitas.

En tal sentido, la aproximación a la verdad es un fin del proceso en cuanto su conocimiento constituye un presupuesto para la emisión de una decisión justa. No puede desconocerse que lo que desencadena el funcionamiento de la jurisdicción son unos hechos penalmente relevantes en razón de su contenido de injusticia y de su potencia lesiva sobre derechos de terceros y que son precisamente esos hechos los que dan lugar a una decisión judicial en la que se mantiene la presunción de inocencia o se declara la responsabilidad del acusado. Luego, a una decisión judicial solo puede llegarse sobre la base de que se tenga claridad sobre los hechos ocurridos, constitutivos de conducta punible y eventualmente generadores de responsabilidad penal. Es por esto que en un proceso no puede tomarse una decisión definitiva prescindiendo totalmente de los hechos acaecidos.

Además, la aproximación a la verdad es solo una aproximación razonable en el entendido que el descubrimiento de ella debe hacerse con estricto respeto de las reglas de juego propias del proceso penal en un sistema demo-

³⁵ Sobre este tema puede consultarse el trabajo *Estructura del Proceso Penal. Aproximación al Proceso Penal Colombiano*, escrito por el profesor Gerardo Barbosa Castillo y que hace parte de este módulo.

crático. Es decir, si bien al sistema procesal penal le es exigible un esfuerzo por descubrir los hechos penalmente relevantes, la exigencia que se plantea no es la de acceder a la verdad absoluta sino a una verdad forense, a una verdad normativa, a una verdad que se alcanza respetando los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal y dentro de plazos temporales definidos, pues la prontitud es un presupuesto necesario de una decisión justa.

El respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes es también una de las finalidades del proceso penal de hoy. Y ello es comprensible: Si los derechos fundamentales constituyen el fundamento y límite para el ejercicio de los poderes públicos y si el proceso penal es un escenario en el que se ejerce poder político, las atribuciones institucionales que en este se ejercen están también fundamentadas y limitadas por los derechos de quienes en él intervienen. Es decir, en el proceso no se trata solo de llegar a la absolución o a la condena; se trata también de que las distintas etapas que integran el proceso penal como método se surtan legítimamente y por ello interesa que se realice el derecho del acusado a un proceso con todas las garantías y que se realicen también los derechos de la víctima a la verdad, a la justicia y a la reparación.

347

El ámbito de realización de este fin específico del proceso penal es muy importante pues no se trata solo de realizar las garantías procesales que amparan al acusado, como se creía en otras épocas, sino también de respetar los derechos de quienes sobrellevan las consecuencias de la vulneración de los bienes jurídicos y de los derechos interferidos por la conducta punible. Por ello, la concepción del proceso penal de hoy no es la de un ámbito de poder inclinado exclusivamente a la defensa de los derechos de los destinatarios de la acción penal, sino la de un ámbito de poder en el que se procura guardar una relación de equilibrio entre las garantías procesales que amparan al imputado y los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas. Es decir, el proceso penal no es garantismo puro para el imputado, es garantismo en el marco de la realización de la justicia y del respeto de los derechos de las víctimas.

Por otra parte, el proceso penal de una democracia constitucional tiene también como finalidad la realización de la justicia. Y esto es elemental: Si un Estado social de derecho es un Estado de justicia y si este valor superior del

ordenamiento jurídico incardina el sistema de valores, principios, derechos y deberes de la Carta Política, es lógico que todos sus espacios institucionales se orienten a su realización y, principalmente, la jurisdicción. Por ello, no es ni mucho menos gratuito que esta se defina institucionalmente como "Administración de *Justicia*".

348

La realización de la justicia es un fin del proceso penal de hoy que contribuye a la definición de los roles de quienes en él intervienen: A la policía judicial no le incumbe el recaudo de elementos materiales de prueba para generar condenas sino realizar investigaciones completas que suministren elementos de juicio para la toma de decisiones justas; a la Fiscalía General de la Nación, si bien es el titular de la acción penal y la instancia legitimada para formular acusaciones, le incumbe un despliegue funcional concebido como instancia de realización de la justicia penal, condicionamiento que se potencia frente a instituciones como el principio de oportunidad y los preacuerdos y negociaciones con la defensa; los abogados no deben orientar su gestión profesional a ganar, a como dé lugar, el proceso penal en el que intervienen sino que deben desplegar su función para asegurarle al imputado un proceso con todas las garantías; las víctimas deben acudir al proceso penal no para satisfacer su deseo de venganza sobre el autor de la conducta punible sino para que se realicen sus derechos sin que se desconozcan los del imputado y, por último, el juez no es el árbitro neutral y pasivo de una disputa teatral cuyo propósito no le incumbe sino, lejos de ello, el director de un proceso orientado al descubrimiento de la verdad, a la impartición de justicia y a la realización de derechos de terceros y, por lo tanto, con un claro nivel de responsabilidad en la realización de esos propósitos.

Finalmente, otro fin constitucional del proceso penal es la flexibilización de las normas de derecho sustancial en el entendido que estas normas admiten una matización razonable de cara a criterios político-criminales legítimos. Así, por ejemplo, si un imputado es consciente de la responsabilidad que le asiste en la conducta punible imputada bien puede aceptar el cargo formulado, evitando con ello el trámite del proceso, con sus costos temporales y económicos, y acceder a una pena con una disminución razonable en virtud de la conducta procesal asumida. En este caso, si bien se flexibiliza la norma sustancial que señala la pena para la conducta punible, tal flexibilización encuentra justificación en la conveniencia político-criminal de la sentencia anticipada como mecanismo para ponerle fin al proceso, mecanismo que,

contra lo que pudiera creerse, solo es legítimo si es compatible con los hechos acaecidos, con las exigencias de respeto de los derechos de los intervinientes en el proceso y con las consecuencias jurídicas que se infieren de tales hechos.

Estos distintos fines del proceso, que deben equilibrarse unos con otros, permiten comprender que las normas procesales no son un fin en sí mismo, que el proceso penal no se puede asumir como un campo de batalla entre dos adversarios definidos que dirigen toda su actividad a ganar y que el juez no es simplemente el árbitro de una disputa cuyo resultado no le incumbe. Esos fines permiten comprender que el proceso penal es un escenario en el que se averigua la verdad, se imparte justicia y se realizan los derechos de quienes en él intervienen y en el que existen unos roles definidos para las partes y para el juez.

349

En nuestro criterio, este es el lineamiento básico del proceso penal colombiano y ello no ha dejado de ser así porque se hayan modificado tres disposiciones constitucionales, sin duda muy importantes de cara a la configuración de la estructura de acusación y juzgamiento. Creemos que la manera de desentrañar el alcance de tales modificaciones no consiste tanto en alentar la pretensión de forzar a partir de ellas un sistema procesal ajeno a nuestras instituciones constitucionales y legales y a nuestra tradición jurídica, sino integrándolas teleológicamente al sistema del que entraron a hacer parte. Por esto, en la modificación de esas normas superiores se debe mirar más una oportunidad para afianzar la legitimidad de nuestras propias instituciones antes que la ocasión para alinderar nuestro sistema jurídico a modelos foráneos que reniegan de nuestro apego a la verdad y a la justicia, de nuestra concepción de la jurisdicción y de nuestro respeto por los derechos de los procesados y de las víctimas.

Esta contextualización de los fines del proceso penal suministra claridad sobre la relevancia constitucional de la prueba ilícita y la regla de exclusión: Esta institución se encuentra estrechamente vinculada al cumplimiento de tales fines pues está ligada al carácter razonable de la verdad a la que se pretende acceder, al respeto de los derechos fundamentales del procesado y a la realización de la justicia. Por ello es una figura muy relevante, al punto que está ligada a la legitimidad misma del proceso penal.

2. Régimen probatorio

Las modificaciones introducidas al proceso penal suministran un nuevo contexto normativo para la fundamentación y práctica del debate probatorio. En efecto, puesto que la actuación procesal se concentra en el juicio, siendo la indagación, la investigación, la imputación y la acusación actos preparatorios del debate de juzgamiento, la construcción de la prueba cambia de escenario. Su sede habitual será la audiencia de juzgamiento pues la sentencia, con las excepciones legales, solo podrá basarse en la prueba en ella practicada.

350

Recuérdese que en el antiguo modelo de justicia penal rige el principio de permanencia de la prueba, principio en virtud del cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación, desde la indagación preliminar, tienen validez en el juicio y no deben repetirse para que en ellas se apoye la sentencia³⁶. De allí el imperativo de que el investigado preliminarmente sea enterado de la actuación adelantada en su contra, se le dé acceso a la investigación y se le permita el ejercicio del derecho de defensa pues no puede excluirse de una actuación en la que se pueden practicar las pruebas con base en las cuales se le puede condenar.

En el nuevo modelo, en cambio, ya no rige el principio de permanencia de la prueba; es decir, los elementos materiales probatorios recaudados durante la investigación, si bien pueden suministrar fundamento a la medida de aseguramiento y a la acusación, no vinculan al juez de conocimiento y por ello la sentencia que este profiera solo puede basarse en las pruebas que se practican en el juicio, con estricto respeto de los principios de oralidad, contradicción, concentración, inmediación y publicidad. Las únicas excepciones a esta exigencia ineludible son la prueba de anticipada –contraria al principio de inmediación– y la prueba de referencia –contraria a todos los principios de la prueba–; excepciones que operan solo en los casos taxativos señalados en la

³⁶ De cara al derecho procesal penal moderno, es muy discutible que la factibilidad de que el juez fundamente la sentencia en la prueba practicada por la policía judicial o la Fiscalía General en la investigación preliminar constituya verdaderamente un principio. Esa denominación es engañosa pues no puede ser un principio una permisión procesal que desvertebra las exigencias básicas del debate probatorio propio de una democracia constitucional: la oralidad, contradicción, concentración, inmediación y publicidad de la prueba.

ley y de las que habrá que hacer una lectura restrictiva para no desquiciar la dinámica probatoria propia del nuevo sistema³⁷.

Por ello, todo el trabajo investigativo estará orientado a la consecución de elementos materiales probatorios que, de conservarse adecuadamente, solo adquirirán la calidad de prueba ante los ojos del juez de conocimiento. De allí las funciones que el artículo 251 de la Carta le atribuye a la Fiscalía General de la Nación respecto de los elementos materiales probatorios: solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias para la conservación de la prueba; realizar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones como fuentes de prueba; asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción; presentar el escrito de acusación con el fin de dar inicio a un juicio con inmediación de las pruebas y, en este caso, suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado.

351

Este reglamentarismo constitucional en materia probatoria es muy significativo: Da cuenta de un nuevo centro de gravedad en el proceso penal colombiano pues la prueba de la responsabilidad penal ya no será fruto de una actividad dilatada en el tiempo, dispersa en varios escenarios, secreta, no contradicha, traducida a la formalidad del texto escrito y sometida a valoración por un funcionario que nada tuvo que ver con su práctica. Por el contra-

³⁷ En este punto debe hacerse una precisión ineludible: Si bien en el sistema acusatorio solo es prueba lo que se practica en el debate público y oral de juzgamiento, no puede perderse de vista que en muchos casos la sentencia condenatoria tendrá como fundamento la actuación investigativa y los elementos materiales probatorios recaudados por la Fiscalía General de la Nación. Esto por cuanto en un sistema acusatorio se parte de que solo una mínima parte de las investigaciones conducirá a un juicio, pues la mayoría culminará en razón de la aplicación del principio de oportunidad o de los preacuerdos y negociaciones entre el imputado y su defensor y la Fiscalía General. Esto es así por cuanto los costos de funcionamiento del sistema acusatorio son tan elevados, que este solo es viable si una mínima parte de los procesos llega al juicio. De allí que, al menos en los supuestos de preacuerdos y negociaciones, las evidencias recaudadas por la Fiscalía General, si bien en estricto sentido no constituyen pruebas, sí pueden constituir el fundamento de la declaratoria de responsabilidad penal. Esta realidad conduce a una necesidad evidente: El suministro de espacios para el ejercicio del derecho de defensa durante la indagación y la investigación, el fortalecimiento de las funciones investigativas de la defensa y la reformulación de la defensoría pública.

rio, la prueba será la practicada en el juicio, de forma concentrada, con contradicción, oral, pública y con inmediación. Estos principios constitucionales de la prueba son tan vinculantes que, como lo expone el profesor García Valencia, *"La prueba escrita, secreta, no contradicha, sin inmediación judicial y practicada de manera no concentrada es inconstitucional y estaría afectada de nulidad y no serviría a los fines de la decisión judicial"*³⁸.

B. Ley 906 de 2004

352 Esa reformulación del proceso penal y su consecuente reinención de las reglas que rigen el debate probatorio, suministra un espacio mucho más amplio para el desarrollo y comprensión de la regla de exclusión de la prueba ilícita consagrada en el artículo 29 superior. De manera consecuente con ello, la prueba ilícita aparece prolíficamente regulada en la Ley 906 de 2004. Un esfuerzo de sistematización de esa regulación permite identificar los siguientes núcleos temáticos:

1. Fundamento probatorio de las principales decisiones

En primer lugar, están las disposiciones que determinan el fundamento de las principales decisiones que se toman a lo largo del proceso. Esas disposiciones son las siguientes:

- a. Artículo 287, que consagra el fundamento sustancial para la formulación de la imputación por parte de la Fiscalía General de la Nación y, eventualmente, para la solicitud de imposición de medida de aseguramiento. Ese fundamento remite a la existencia de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida de los que, en criterio de la Fiscalía General, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga.

³⁸ Ibídem, pág. 112.

- b. Artículo 308, que consagra el fundamento sustancial para la imposición de medida de aseguramiento por parte del juez de control de garantías. Se trata del mismo fundamento sustancial aludido en el literal anterior con la diferencia de que en este caso ya no se está ante el criterio de la Fiscalía General, sino ante la posición fundada del juez de control.
- c. Artículo 336, que consagra el fundamento sustancial para la acusación por parte de la Fiscalía General. Este fundamento remite a la existencia de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que permita afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. En este caso, nuevamente se trata de una postura fundada que debe asumir la Fiscalía General.
- d. Artículos 7 y 381, que consagran el fundamento sustancial para que el juez de conocimiento profiera sentencia condenatoria. De acuerdo con el primero, inciso final, para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. Y de acuerdo con el segundo, para condenar se requiere el conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

353

Es muy significativo que en los artículos 287, 308 y 336 se haga relación a "*elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida*". Esta referencia, curiosamente, no aparece cuando se sienta el fundamento sustancial de la sentencia condenatoria. No obstante, no es posible un entendimiento distinto al de que también la condena debe basarse en pruebas legalmente obtenidas. Y no solo esto, sino que, además, la interpretación sistemática y finalística de estas disposiciones permite concluir que todas las decisiones inherentes al proceso penal únicamente pueden tomarse con base en pruebas lícitamente practicadas.

De igual manera, no debe perderse de vista que de las cuatro decisiones que se acaban de referir, tres se basan en elementos materiales probatorios, evidencia física o información y que solo una, la sentencia, se apoya, en estricto sentido, en pruebas. Esto es compatible con el sistema pues las prue-

bas son solo las que se practican en el juicio, para efectos de llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda, los hechos y la responsabilidad del acusado; en tanto que los elementos materiales probatorios se practican en la investigación, como actos preparatorios del juzgamiento y se dirigen a permitir una inferencia razonable de la existencia del hecho y la probable responsabilidad del indiciado, investigado, imputado o acusado.

2. Prueba ilícita y regla de exclusión

En segundo lugar, están las disposiciones que regulan la naturaleza de la prueba ilícita, la regla general de su exclusión, su exclusión respecto de actos de investigación específicos y sus efectos. Son las siguientes:

354

- a. Artículo 23. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

- b. Artículo 232. Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este Código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación.
- c. Artículo 360. Prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este Código.
- d. Artículo 455. Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: El vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Estas disposiciones ocupan un papel central en la determinación del nuevo régimen legal de la prueba ilícita en el proceso penal colombiano. Para percatarse de su importancia, baste recordar que en el sistema anterior el régimen de derecho positivo de la prueba ilícita se circunscribía al inciso quinto del artículo 29 de la Constitución y al mandato de rechazo de las pruebas obtenidas en forma ilegal o legalmente prohibidas contenido en el artículo 250 del Decreto 2700 de 1991 y en el artículo 235 de la Ley 600 de 2000. A partir de esas normas jurídicas la jurisprudencia emprendió la construcción de la doctrina de la prueba ilícita, empresa que se cumplió de manera responsable y fecunda, aunque, como se indicó, desarrollando líneas jurisprudenciales diversas en varios puntos.

En el nuevo esquema procesal, en cambio, no solo se cuenta con el inciso final del artículo 29 superior sino también con un entramado normativo que consagra un régimen muy completo, aunque en nuestro concepto no integral, de la prueba ilícita. Por primera vez en la historia del derecho procesal penal colombiano se está ante un sistema normativo que desarrolla el concepto de prueba ilícita y que extracta de él varias consecuencias sometidas a regulación específica.

355

La interpretación sistemática de estos ámbitos de desarrollo de la prueba ilícita permite advertir lo siguiente:

- a. La prueba ilícita se regula teniendo en cuenta la naturaleza de las normas jurídicas afectadas con su práctica. Así, se distingue entre prueba obtenida con violación de garantías fundamentales y prueba ilegal. Y bien se sabe que el ámbito de regulación de las garantías fundamentales es la Constitución y que el régimen legal de la prueba está contenido en el Código de Procedimiento Penal.

De este modo, puede afirmarse que la prueba ilícita puede ser inconstitucional o ilegal. Prueba inconstitucional es la *"obtenida con violación de garantías fundamentales"*. Esta prueba tiene una consecuencia jurídica: es *"nula de pleno derecho"*. Pero produce también un efecto práctico: *"Debe- rá excluirse de la actuación procesal"*. Y prueba ilegal es la prueba practicada con violación del régimen legal de la prueba, incluida aquella practicada con violación de los requisitos formales. Respecto de esta prueba también opera la regla de exclusión.

- b. Nótese cómo el legislador no se ha limitado a reproducir la prueba obtenida con violación del debido proceso como fuente de la regla constitucional de exclusión. Lejos de ello, ha ampliado su ámbito de aplicación y lo ha hecho al punto de definir como ámbito de cobertura de esa regla, las pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales y con violación del régimen legal.

En cuanto a lo primero, hay que indicar que la expresión "*prueba obtenida con violación de garantías fundamentales*" remite a un contenido mucho más amplio que aquel al que remitiría una lectura textual de la norma superior pues comprende no solo el cúmulo de garantías que hacen parte del debido proceso, sino también derechos fundamentales de aplicación inmediata como la integridad personal, la intimidad y el hábeas data; derechos fundamentales por mandato expreso de la Constitución como el derecho a la tutela judicial efectiva e incluso un derecho fundamental innominado como la dignidad humana³⁹. Pero además, comprende los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración y el derecho a un juicio con todas las garantías consagrados en el artículo 250.4 de la Carta Política.

En cuanto a lo segundo, la regla de exclusión de la prueba ilícita se hace extensiva a las pruebas practicadas o aducidas con violación del régimen legal, incluidas las practicadas, aducidas o conseguidas con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal. Es decir, se asume como prueba ilícita no solo la obtenida con violación de garantías

³⁹ De acuerdo con la doctrina vigente de la Corte Constitucional los criterios para la identificación de los derechos fundamentales son los siguientes: Derechos de aplicación inmediata (vida, integridad personal, igualdad, personalidad jurídica, intimidad y hábeas data, libre desarrollo de la personalidad, libertad personal en todas sus formas, libertad de conciencia y de cultos, libertad de expresión y de información, honra y buen nombre, petición, libre circulación, libertad de escoger profesión u oficio, libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; hábeas corpus, debido proceso, no ser sometido a destierro, prisión perpetua o confiscación; libertad de reunión y manifestación y derechos políticos); derechos fundamentales en virtud del mecanismo agravado de reforma constitucional consagrado en el artículo 377 de la Carta (derecho al trabajo en su dimensión negativa, derecho de asociación y derecho de sindicalización); derechos fundamentales por expreso mandato de la Constitución (tutela judicial efectiva y derechos de los niños); aquellos que se infieren del bloque de constitucionalidad (como la exclusión de la obediencia debida); derechos fundamentales innominados (dignidad humana, mínimo vital y seguridad personal frente a riesgos extraordinarios) y derechos fundamentales por conexidad (seguridad social en salud y mínimo vital, seguridad social en pensiones y mínimo vital, pago oportuno del salario y mínimo vital, derecho a la educación y derecho a un medio ambiente sano).

fundamentales, sino también aquella obtenida con violación del régimen legal de la prueba. En este punto se debe comprender, desde luego, que no es la violación de cualquier norma legal la que genera una prueba ilícita sino las violaciones de aquellas normas que consagran formalidades esenciales para la práctica de la prueba. De acuerdo con esto, tal como lo ha establecido la jurisprudencia, aquellas irregularidades en la práctica probatoria que no afectan esas formalidades esenciales no tienen por qué reputarse como generadoras de pruebas ilícitas.

Ahora, si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional y penal habían hecho una lectura extensiva del concepto de "*violación del debido proceso*" para entender que se trataba de una referencia a los derechos fundamentales y a las formalidades esenciales para la práctica de la prueba, la nueva formulación legal, al recoger esos contenidos de la prueba ilícita, es mucho más clara y está llamada a tener un efecto más vinculante que la jurisprudencia pues bien se sabe que nuestro sistema jurídico sigue privilegiando la ley como fuente de derecho y esto no obstante los importantes avances que se han logrado en los últimos 12 años con miras al afianzamiento como fuente del derecho de los jueces.

357

- c. El nuevo régimen legal de la prueba ilícita tampoco se limita a reproducir el efecto jurídico consagrado en la norma superior pues, aparte de indicar que tal prueba es nula de pleno derecho, ordena que la prueba ilícita "*deberá excluirse de la actuación procesal*".

El entendimiento de este mandato es muy claro: Se excluye una prueba de la actuación procesal solo si se la expulsa materialmente de ella. Como puede notarse, se trata de la consagración legal expresa del deber de exclusión material de la prueba ilícita. Es decir, la prueba ilícita debe, físicamente, expulsarse del proceso. Por este motivo, ya no se podrá seguir entendiendo que la exclusión de la prueba constituye una operación mental del juzgador, operación en virtud de la cual el juez accede al contenido de las pruebas que aparecen en el proceso, tanto lícitas como ilícitas, para luego, en un ejercicio intelectual, prescindir de aquellas y basar solo en estas la decisión sobre la inocencia o responsabilidad del acusado. Por el contrario, en el nuevo régimen la prueba ilícita debe ser expulsada de la actuación, no puede hacer parte de ella y no podrá ser fundamento de ninguna decisión.

De acuerdo con lo expuesto, el juez de control de garantías deberá aplicar la regla de exclusión de la prueba sin acceder a su contenido y tomar las decisiones que se le soliciten, medidas de aseguramiento por ejemplo, sin tener en cuenta como fundamento de su decisión las pruebas excluidas. Y deberá hacerlo de tal manera que esa prueba no solo no sea fundamento de su decisión, sino de tal modo que asegure que ella de ninguna manera sea conocida por el juez de conocimiento. Este ya no tendrá acceso a la prueba excluida por el juez de control de garantías; es decir, ya no podrá admitir un elemento material probatorio, percatarse de su potencia incriminadora y afirmar luego que lo excluye de los fundamentos de la decisión. O lo que es lo mismo, no podrá ya acceder al contenido incriminador de la prueba ilícita para afirmar que, tal como lo había hecho el juez de control de garantías, él también las excluye del proceso. Si esto llega a ocurrir, es porque no ha habido exclusión material, es decir, porque esa prueba *"no ha sido excluida de la actuación procesal"*.

Por otra parte, si al juez de conocimiento se le solicita la aducción al proceso de una prueba ilícita distinta de aquella ya excluida por el juez de control de garantías, aquel deberá realizar también un esfuerzo por aplicar la regla de exclusión de la prueba sin necesidad de acceder a su contenido. Hecho ello, es claro que solo podrá tomar sus decisiones con base en las pruebas lícitamente practicadas.

- d. Existen pruebas inconstitucionales derivadas. Son las que *"sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia"*. Estas pruebas producen también el mismo efecto jurídico y el mismo efecto práctico: Son nulas de pleno derecho y deben excluirse de la actuación procesal.

Uno de los aspectos más importantes de la prueba ilícita es, sin lugar a dudas, el relacionado con la prueba derivada. Esto es entendible. Bien puede suceder que ante una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales o de las formalidades legales esenciales, se aplique correctamente la regla de exclusión y se lo haga de tal forma que ella sea excluida jurídica y materialmente de él. Sin embargo, nada se lograría si fuese legítimo que una declaratoria de responsabilidad se hiciera posible con base en las pruebas derivadas de la prueba ilícita. Es decir, nada se lograría si se renunciara a la prueba ilícita como prueba pero si se la aceptara como fuente de prueba. Con

esta lógica, paradójicamente se estimularía la producción de prueba ilícita pues ella constituiría el camino para practicar otras pruebas que permitan desvirtuar la presunción de inocencia.

De allí que en el moderno sistema procesal se haya optado no solo por excluir la prueba ilícita en sí, sino también la que es consecuencia de ella. Es lo que en el derecho anglosajón se conoce como la teoría de los frutos del árbol envenenado, teoría de acuerdo con la cual la ilicitud se traslada de la prueba ilícita a aquellas pruebas que son su fruto. No obstante, esta solución, que en principio se advierte sencilla, plantea dificultades que han generado una abundante producción jurisprudencial y doctrinaria. Así, por ejemplo, existen muchos casos en los que la prueba derivada ilícita no está estrechamente ligada a la prueba prohibida o en los que no es posible desconocer la evidencia física de la comisión de un delito. Sin embargo, como pasa a indicarse, esta problemática también es regulada por la nueva legislación procesal.

359

- e. Para determinar si una prueba es derivada de una prueba ilícita y si respecto de ella opera el mandato de exclusión jurídica y material, deben tenerse en cuenta estos criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley. De acuerdo con esto, la ley fija esos criterios y, además, consagra una reserva legal para la configuración de otros criterios adicionales.

Como lo ha indicado la doctrina, con muy buen sentido, "la expresión legal 'o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia', (que hace parte del artículo 23 de la Ley 906 de 2004) revela una relación de necesidad entre el acto de investigación ilegal y los elementos materiales o pruebas derivadas de él"⁴⁰ (Subrayas originales). Es decir, prueba derivada ilegal es aquella que necesariamente deriva su existencia de una prueba prohibida principal.

Con todo, la práctica ha enseñado que no siempre es fácil determinar si entre una prueba prohibida y otra concurre o no tal relación de necesidad.

⁴⁰ Ramiro Marín Vásquez. *Sistema Acusatorio y Prueba*. Colección Estudio No.7. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2004. Pág.69

Esta dificultad plantea la necesidad de unos criterios de identificación que permitan manejar de manera uniforme y fiable si se está o no en presencia de una prueba derivada ilícita. La determinación de tales criterios ha sido uno de los aportes más significativos que la jurisprudencia comparada ha hecho al tema de la prueba ilícita y, en especial, la jurisprudencia norteamericana. De este aporte se hizo una buena síntesis en la Sentencia SU-159-02, síntesis que se retoma enseguida:

360

"En Estados Unidos la regla general es que la exclusión de la prueba primaria también se extiende a la prueba derivada. Dicha regla es sustentada en un precedente de 1920 en el cual se concluyó que no era posible emitir una orden perentoria (sub poena) para que por una vía legal posterior sean entregadas a un gran jurado piezas probatorias (libros y documentos de la compañía) que ya habían sido incautadas de manera ilícita. En dicho fallo la Corte sentó la regla general, invocando la Cuarta Enmienda. Dijo: "La esencia de una disposición que prohíbe la obtención de evidencia por cierta vía es no solo que la evidencia así obtenida no sea usada ante una corte sino que no sea usada de ninguna manera". A esta regla general le agregó, en el mismo fallo la excepción de la fuente independiente: "Obviamente lo anterior no significa que los hechos así obtenidos se vuelvan sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento sobre ellos es ganado a partir de una fuente independiente tales hechos pueden ser probados como cualquiera otro (...)". El alcance de esta regla era limitado dado el contexto constitucional en que fue adoptada. De ahí que en un caso fallado ocho años después, la Corte no haya excluido una grabación telefónica interceptada por agentes del Estado, sin orden judicial previa, dado que no había sido practicado ningún allanamiento ni incautación sino que la evidencia había sido obtenida gracias al sentido del oído sin invadir la casa o la oficina de los sindicatos.

A finales de los años 30 se dio un paso mayor al extender la regla de exclusión no solo a las interceptaciones ilícitas de conversaciones privadas –prueba primaria– sino también a la incautación de piezas como consecuencia de la grabación –prueba derivada–. En dicho fallo se empleó la célebre frase 'fruto del árbol envenenado'. La expresión aparece precisamente cuando la

Corte introduce una excepción adicional a la regla de exclusión de las pruebas derivadas, llamada la excepción de la atenuación. Dijo la Corte 'en la práctica esta regla general puede ocultar complejidades concretas. Argumentos sofisticados pueden llegar a demostrar una conexión entre información obtenida a través de una interceptación ilícita y la prueba presentada por el Gobierno. Sin embargo, el sentido común puede indicar que dicha conexión se ha vuelto tan tenue que la mancha ha sido disipada. La carga, claro, recae primero sobre el acusado de demostrar a la corte del juicio de manera satisfactoria para ella que la grabación fue ilícitamente empleada. Después de demostrar eso - como plenamente sucedió en este caso- el juez de la causa debe dar una oportunidad, así sea restringida, al acusado de demostrar que una porción sustancial del caso en su contra fue un fruto del árbol envenenado. Ello deja al Gobierno una amplia oportunidad de convencer a la Corte del juicio de que la prueba por él aportada tuvo un origen independiente.

361

La tercera excepción a la regla de exclusión de la prueba derivada es la del descubrimiento inevitable, es decir, que la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía. Así, la Corte Suprema estadounidense no excluyó como prueba un cadáver ubicado gracias a que el sospechoso contó dónde estaba el cuerpo en una confesión extraída sin presencia de su abogado. La Corte advirtió que ya había 200 voluntarios rastreando la región donde este fue encontrado, lo cual hacía inevitable su descubrimiento.

En resumen, la regla de exclusión de la prueba derivada presenta algunas excepciones: doctrina de la atenuación, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible; la doctrina de la fuente independiente, según la cual la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita; la doctrina del descubrimiento inevitable, según la cual, una prueba directamente derivada de

una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original sí deba ser excluida; y la doctrina del acto de voluntad libre, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada".

362

Entre nosotros, con el propósito de sentar unos parámetros que conduzcan a un manejo jurisprudencial uniforme de la prueba derivada ilícita, la determinación de los supuestos en que concurre o no esa relación de necesidad fue sustraída del ámbito jurisprudencial y fue asumido por la ley al punto que "el mismo legislador definió expresamente los casos en que considera que no existe esa relación de necesidad entre el acto inicial ilícito y los medios o los elementos probatorios derivados, precisamente porque estos pueden explicarse en razón de otra causa diversa de la (prueba) primaria"⁴¹ (Subrayas originales). Esos casos son el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley; que, como se ha visto, con excepción del acto de voluntad libre, corresponden a los parámetros identificados por la jurisprudencia norteamericana y retomados por la Corte Constitucional.

- f. En materia de registros y allanamientos, cuando la orden de registro por parte del fiscal se encuentra viciada por carencia de algún requisito esencial previsto en el Código, la cláusula de exclusión opera de tal manera que se genera la invalidez de la diligencia, los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecen de valor, deben ser excluidos de la actuación y solo pueden utilizarse para efectos de impugnación.

En este punto, es de resaltar que el nuevo sistema procesal no solo consagra un régimen general de prueba ilícita, sino que, además, presta especial atención a una modalidad de actos investigativos que históricamente han estado muy ligados a la obtención de pruebas ilícitas. Se trata de los registros

⁴¹ Ibídem, pág. 69.

y allanamientos, actos estos que, dada la grave injerencia que plantean al derecho fundamental a la intimidad, han sido objeto de regulación directa del constituyente. En efecto, el artículo 28 de la Carta condiciona la legitimidad de los registros domiciliarios a tres presupuestos: Mandamiento escrito de autoridad judicial competente, cumplimiento de las formalidades legales y motivos previamente definidos en la ley. De este modo, la protección del domicilio hace parte del núcleo esencial del derecho a la intimidad.

Pero, además, el legislador ha regulado con mucho detenimiento las diligencias de allanamiento y registro. Así, ha condicionado expresamente su procedencia y ha regulado su fundamento; el respaldo probatorio necesario; el alcance de la orden; los objetos que no pueden ser sometidos a registro; el plazo para el diligenciamiento de la orden y sus reglas particulares de ejecución. (Artículos 219 a 231 de la Ley 906 de 2004). Todos estos presupuestos deben asumirse como ámbitos de regulación del derecho fundamental a la intimidad y de allí que sea preciso su estricto cumplimiento para vez de que el acto de investigación sea legítimo.

363

En estas condiciones, la cláusula de exclusión opera de tal manera que si se desconocen los presupuestos constitucionales y los requisitos legales esenciales del allanamiento y registro, se genera la invalidez de la diligencia, no tienen ningún valor y deben ser excluidos los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro. Estos actos, así viciados, solo pueden utilizarse para impugnar el alcance de otras pruebas de cargo esgrimidas contra el procesado.

3. Ámbitos de aplicación de la regla de exclusión

En tercer lugar, están las disposiciones que fijan la competencia para la exclusión de la prueba ilícita. Las más importantes de tales disposiciones son las siguientes:

- a. El artículo 212, que le impone al fiscal el deber de analizar la actividad de la policía judicial y de rechazar las actuaciones que se hayan diligenciado con desconocimiento de los principios rectores y las garantías procesales.

- b. Los artículos 154, 237 y 238, que disponen, que se tramitará en audiencia preliminar el acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones, o la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares para efectos de su control dentro de las 24 horas siguientes a su diligenciamiento. Este control se decide de plano y sin lugar a impugnaciones.
- c. El artículo 359, que regula la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba por parte del juez de conocimiento.
- d. El artículo 181, que regula la procedencia del recurso extraordinario de casación por *"el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia"*.

364

Como puede advertirse, la Ley 906 de 2004 no solo regula la prueba ilícita y la regla de exclusión a través del condicionamiento del fundamento de las decisiones que se toman en el proceso penal y por medio de las disposiciones que regulan la naturaleza de la prueba ilícita, la regla general de su exclusión, su exclusión respecto de actos de investigación específicos y sus efectos; sino que, aparte de ello, regula también expresamente la competencia para la aplicación de la regla de exclusión. Tal competencia se radica en la Fiscalía General de la Nación, en el juez de control de garantías, en el juez de conocimiento y, en caso de no aplicación de la regla de exclusión, en la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación.

Sobre estos ámbitos de aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita se pueden hacer las siguientes consideraciones:

- a. A la Fiscalía General de la Nación le corresponde la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito y en desarrollo de esa función le incumbe la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial. Estas autoridades están habilitadas para recibir denuncias, querellas e informes y si de ellos se infiere la posible comisión de un delito pueden realizar de inmediato actos urgentes

como inspección en el lugar de los hechos, inspección de cadáver, entrevistas, interrogatorios; identificar, recoger, embalar técnicamente elementos materiales probatorios y evidencia física y registrar entrevistas e interrogatorios y someter todo ello a cadena de custodia.

Sobre estos actos urgentes y sus resultados, la policía judicial debe presentar un informe ejecutivo al fiscal competente dentro de las 36 horas siguientes para que asuma la investigación. Con base en tal informe, el fiscal debe trazar un programa metodológico de investigación y ordenar la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales. En el momento en que analiza la actividad de policía judicial en la indagación e investigación, *"si resultare que han sido diligenciadas con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales, el fiscal ordenará el rechazo de esas actuaciones e informará de las irregularidades advertidas a los funcionarios competentes en los ámbitos disciplinario y penal."* (Artículo 212 de la Ley 906 de 2004).

365

Como puede apreciarse, este es el primer momento en que se excluyen los elementos materiales probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales o con desconocimiento de las formalidades esenciales para la práctica probatoria. En este caso, se trata de una atribución que ejerce el fiscal competente para asumir la investigación pues esa calidad le permite realizar un control jurídico sobre la actividad cumplida por la policía judicial. Este rol del fiscal es consistente con su calidad de autoridad judicial y por tanto vinculada al respeto de las garantías fundamentales en la actuación procesal. Se trata de evitar que los elementos probatorios obtenidos ilícitamente sean allegados a la indagación o investigación y en virtud de ello ni siquiera deben ser puestos a consideración del juez de control de garantías pues no tendrán ningún alcance incriminador y, por el contrario, deslegitimarán la actividad investigativa de la Fiscalía General.

- b. El segundo ámbito institucional de aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita está determinado por el juez de control de garantías. Es decir, en aquellos eventos en que la Fiscalía ha ordenado registros, allanamientos, interceptaciones de comunicaciones e incautaciones, los elementos probatorios obtenidos deben ser puestos a disposición del juez de control y este funcionario, en caso de establecer que en esas actuaciones investigativas se han vulnerado derechos funda-

mentales o se han desconocido las formalidades esenciales para su realización, debe asumir como ilícitos los elementos probatorios recaudados y, mediante una decisión de plano e inimpugnable, debe ordenar su exclusión de la indagación o investigación.

366

Debe tenerse en cuenta que el juez de control de garantías es una figura básica del sistema acusatorio. En la fase previa al juicio, él encarna la separación de las funciones de investigación y acusación de las de funciones judiciales como esencia de un proceso penal democrático. Ello es así en cuanto su presencia impide que sea la autoridad instructora la que se convierta en juez de sus propios actos de restricción de derechos fundamentales del indiciado, imputado o acusado. Y un ámbito importantísimo del rol a desempeñar por tal juez de control es precisamente el relacionado con la aplicación de la regla de exclusión de la prueba prohibida. El cumplimiento de esta tarea es vital pues asegura que las labores investigativas se cumplan por la policía judicial y la Fiscalía General de manera compatible con las garantías fundamentales; que la imputación y la formulación de la acusación se propicien sin menoscabar tales garantías; que el juez de conocimiento no se vea afectado por la capacidad incriminadora de la prueba ilícita y pone a salvo la imparcialidad del juez y la presunción de inocencia del indiciado, imputado o acusado.

Lastimosamente, la visión que en la Ley 906 de 2004 se tuvo del juez de control de garantías parece haber sido inversamente proporcional a su importancia como eje del sistema acusatorio. De allí que tal función se haya asumido como una labor que se ejerce de manera simultánea con la de juzgamiento. El verdadero dimensionamiento de la función de control de garantías, en nuestro criterio, imponía que se asumiera como una labor ejercida por un juez de la misma jerarquía del juez de conocimiento pues solo de esa manera se aseguran, en un sistema judicial verticalizado, su autonomía e independencia. Además, tal función debe ejercerse de manera exclusiva y no como un agregado de la labor de juzgamiento pues se corre el riesgo que se asuma como una tarea secundaria, reducida a un control formal de actuaciones que terminarán por decidirse definitivamente en otros despachos. Como fuere, lo cierto es que, aun con las limitaciones con que ha sido concebido, el juez de control de garantías está llamado a cumplir un papel vital en el nuevo esquema procesal. De allí que urja que esas limitaciones se superen pues solo así será posible el cabal funcionamiento de tal institución.

- c. El tercer ámbito institucional de aplicación de la regla de exclusión es el juez de conocimiento. Como se indica a continuación, este funcionario puede cumplir esa labor en la audiencia de formulación de la acusación, en la audiencia preparatoria y en la audiencia de juzgamiento.

En la audiencia de formulación de la acusación, el juez de conocimiento debe velar por que en el descubrimiento de los materiales probatorios y evidencia física la defensa no sea obligada a descubrir información sobre la cual alguna norma imponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado; información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba y apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso. (Artículo 345, Ley 906 de 2004).

367

En la audiencia preparatoria el juez de conocimiento debe velar por que las partes prueben sus pretensiones a través de medios probatorios lícitos (Artículo 357); debe resolver las solicitudes de exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba formuladas por las partes o el Ministerio Público, inadmitir los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el acusado o su defensor consientan en ello (Artículo 359) y debe excluir la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluidos los practicados, aducidos o conseguidos con violación de los requisitos formales previstos en el Código. (Artículo 360). Es importante tener presente que las decisiones de exclusión, rechazo e inadmisión son impugnables. (Artículo 359).

En la audiencia de juzgamiento el juez, por una parte, puede aplicar la regla de exclusión de la prueba ilícita, y, por otra, debe cuidar que la práctica probatoria se surta con estricto respeto de las formalidades legales pues las pruebas pueden devenir ilícitas por incumplimiento de las formalidades esenciales. Como los principios de oralidad, contradicción, concentración, inmediación y publicidad imponen que la sentencia se base únicamente en la prueba practicada en la audiencia de juzgamiento, el estricto cumplimiento de ese deber es ineludible. En tal sentido, por ejemplo, el juez debe informar al acusado del derecho que le asiste de guardar silencio y no autoincriminarse; veri-

ficar si una manifestación de culpabilidad conlleva desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales; impedir que se mencione o sea objeto de prueba el contenido de las conversaciones entre el fiscal y el defensor, tendientes a las manifestaciones preacordadas; admitir medios probatorios que no violen derechos humanos; no dictar sentencia condenatoria basada exclusivamente en pruebas de referencia; observar la exoneración constitucional del deber de declarar; inadmitir documentos anónimos como medio probatorio; admitir la prueba de referencia solo cuando se está ante excepciones legales; excluir las declaraciones de referencia múltiple que se tornen ininteligibles por la supresión de los apartes no cobijados por las excepciones legalmente previstas y permitir la utilización de pruebas de referencia que no sean pruebas admisibles solo para fines de impugnación.

368 En síntesis, nótese cómo la prueba ilícita, en distintos momentos, puede ser excluida por el fiscal, caso en el cual se realiza un control sobre la actividad de la policía judicial; por el juez de control de garantías, evento en el que el control se realiza sobre la actividad de la fiscalía y por el juez de conocimiento, supuesto en el cual se controla la actividad de la fiscalía y se corrige la eventual percepción equivocada del juez de control de garantías. Como puede advertirse, coexisten varios ámbitos de control de la licitud de la prueba, ámbitos que resultan compatibles con la idea directriz del proceso penal de hoy de propiciar un juicio justo o, en la terminología del artículo 251 de la Carta Política, de permitir un juicio con todas las garantías.

4. Finalmente, el cuarto ámbito institucional de aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita es el recurso extraordinario de casación. No obstante, se debe tener presente que en este ámbito ya no se trata de aplicar tal regla sino de realizar un control constitucional y legal de las sentencias en las que ella se inaplicó. En este punto, nos remitimos a los argumentos expuestos en el literal D del capítulo anterior.

C. Balance

Si se intenta un balance entre el régimen constitucional y legal anterior al Acto Legislativo 03 de 2002 y el consagrado en la Carta Política a partir de la reforma introducida por este y desarrollada por la Ley 906 de 2004, se advierte que en aquel existían las siguientes dificultades en materia de prueba ilícita:

1. No se fijaba una noción de prueba ilícita.
2. No se regulaba la prueba derivada ilícita y los criterios para su determinación.
3. No se indicaba lo que debía entenderse por exclusión de la prueba ilícita.
4. No se consagraba el deber de declaración expresa de la ilicitud de la prueba.
5. No se regulaban las consecuencias procesales del desconocimiento de la regla de exclusión.
6. No se consideraba la pérdida de competencia del juez de conocimiento en razón de la inaplicación de la regla de exclusión.

369

Frente a estos vacíos legislativos, la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia penal emprendieron la difícil tarea de estructurar un sistema de reglas que desarrollaran la noción de prueba ilícita y que determinaran las condiciones de su exclusión en el proceso penal. Estos desarrollos fueron muy importantes y permitieron superar los vacíos legislativos ya indicados. Buena parte de estas construcciones jurisprudenciales se refleja en el régimen de la prueba ilícita contenido en la Ley 906 de 2004. En tal sentido:

1. Se desarrolla la noción de prueba ilícita y se lo hace de tal manera que en ella se da cabida a la prueba inconstitucional y a la prueba ilegal.
2. Se regula la prueba derivada ilícita y se fijan los criterios que se deben tener en cuenta para su determinación y exclusión.
3. Se indica qué debe entenderse por exclusión de la prueba ilícita: La prueba es nula de pleno derecho y debe excluirse de la actuación.
4. Se consagra el deber de declaración de la ilicitud de la prueba.

No obstante esos avances importantísimos, quedaron pendientes de regulación otros aspectos como:

1. La determinación de las consecuencias procesales del desconocimiento de la regla de exclusión.
2. La pérdida de competencia del juez de conocimiento en razón de la inaplicación de la regla de exclusión.

Con todo, así como en otro momento los jueces colombianos asumieron la tarea de construir líneas jurisprudenciales que desarrollaran el concepto de prueba ilícita y sus consecuencias procesales, muy seguramente, frente a la nueva normatividad constitucional y procesal, realizarán esfuerzos para superar las consecuencias de los vacíos legislativos ya advertidos, prioritariamente en lo relacionado con las consecuencias de la inaplicación de la regla de exclusión.

370

Es en este punto donde la judicatura colombiana debe afrontar un nuevo reto: Desarrollar líneas jurisprudenciales que le asignen a la no aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, consecuencias que sean compatibles con la exigencia de legitimidad que una democracia constitucional le impone al proceso penal.

De ser así, en un futuro será posible que en sede de casación se invalide un juicio en el que se dicte una sentencia condenatoria apoyada en pruebas ilícitas gravemente lesivas de derechos fundamentales y que se lo haga a pesar de existir prueba autónoma que soporte la condena. De igual manera, en sede de tutela, será posible el amparo constitucional del derecho a un juicio con todas las garantías cuando una sentencia condenatoria se base en pruebas lícitas y en pruebas ilícitas gravemente lesivas de los derechos fundamentales. Esta expectativa de evolución jurisprudencial es fundada pues si de lo que se trata en una democracia constitucional es de concebir a los derechos fundamentales, no como formulaciones retóricas, sino como fundamento y límite de los poderes públicos, un proceso así deberá repetirse para que a una condena se llegue, si hay lugar a ella, realizando el derecho del acusado a un juicio con todas las garantías y no renegando de él.

PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN

TALLER

CASO 1

A le hurtó a B su reloj.

B se trasladó a una unidad de policía judicial y presentó denuncia.

La policía judicial remitió la denuncia a la Fiscalía. La Fiscalía no pudo localizar a A, motivo por el cual fue declarado persona ausente. Tampoco se pudo localizar a B, para escucharlo en entrevista.

Con base en la denuncia, la Fiscalía General formuló acusación. En el juicio declaró el servidor de policía judicial que recibió la denuncia. Su exposición fue muy detallada y fiel al relato hecho por la víctima del delito.

371

Con base en la denuncia y en la declaración rendida por el servidor de policía judicial, el juez encontró demostrada la tipicidad del comportamiento y la responsabilidad de A. Por ello lo condenó como autor del delito de hurto.

Teniendo en cuenta los principios de la prueba y su relación con la regla de exclusión de la prueba ilícita, analice el caso y exponga su criterio en relación con la sentencia condenatoria proferida por el juez.

CASO 2

La policía judicial investiga a A por el delito de hurto calificado. En la diligencia de interrogatorio, en presencia de su abogado y luego de ser enterado del derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, A solicita que se le aplique penthotal sódico –suero de la verdad– para que se le facilite rendir una exposición fiel a lo acontecido. La policía judicial accede a su solicitud. Bajo el efecto del fármaco, A se declara autor del delito investigado y luego, una semana después, se atiene a lo dicho en esa diligencia y acepta su responsabilidad en el delito.

La Fiscalía formula la imputación y después suscribe con el defensor un preacuerdo para que a A se le condene por hurto calificado y se le conceda una rebaja de la tercera parte de la pena.

Usted es el juez de conocimiento y se le pone de presente el preacuerdo logrado entre la Fiscalía y la defensa. ¿Qué decisión tomaría? Fundamente su respuesta.

CASO 3

A recibe una llamada de B, en la que este le exige diez millones de pesos para no atentar contra su vida. A informa ese hecho a la policía judicial y esta le solicita autorización a A para interceptar su teléfono. A autoriza el procedimiento. Al día siguiente la policía judicial graba una conversación en la que B repite su exigencia económica bajo amenaza de muerte.

372

Con base en tal grabación y en el testimonio de A, B es procesado y condenado en el curso de las instancias como autor del delito de tentativa de extorsión.

La defensa interpone recurso extraordinario de casación argumentando que la grabación es una prueba ilícita y que como la condena se basó en ella, debe casarse el fallo y proferirse fallo absolutorio.

La Corte Suprema de Justicia no casa el fallo por estimar que el derecho fundamental a la intimidad no impide que la víctima de un delito preconstituya prueba del delito cometido en su contra.

La defensa interpone acción de tutela argumentando que existe reserva judicial sobre el derecho fundamental a la intimidad y que la Constitución permite que ese derecho sea restringido por orden de autoridad judicial y no por autorización de la víctima de un delito. Solicita que se declare que en el proceso se incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico y que se anule el proceso.

Si usted es juez constitucional, ¿cómo resolvería el caso planteado?

BIBLIOGRAFÍA

- Aguado Correa, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.
- Fletcher, George. *En defensa propia*. Traducido por Francisco Muñoz Conde y Fernando Rodríguez Marín. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- ————. *Las víctimas ante el jurado*. Traducido por Juan José Molina Ariza y Antonio Muñoz Aunión. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- García Valencia, Jesús Ignacio. *Aproximación al sistema acusatorio*. Colección Estudios Breves No. 4. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2003.
- Jaen Vallejo, Manuel. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.
- López Medina, Diego Eduardo. *Nuevas tendencias en la dirección del proceso*. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2004.
- Marín Vásquez, Ramiro. *Sistema acusatorio y prueba*. Colección Estudio No. 7. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2004.
- Midón, Marcelo Sebastián. *Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.
- Miranda Estrampes, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch, 1999.
- O'Donnell Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normatividad, Jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- Pico I Junoy, Joan. *Problemas actuales de la justicia penal*. Barcelona: José María Bosch, 2001.

- Pizzi, William. *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*. Traducido por Carlos Fidalgo Gallardo. Madrid: Tecnos, 2004.
- 9
- Rodríguez Villabona, Andrés Abel, y Uprimny Yepes, Rodrigo. *Interpretación judicial. Módulo de Autoformación*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2003.

